

عبد الرزاق السهري

الوزير  
في شرح القانون المدني الجديد

المقود التي تقع على الملكية  
البائع والمقايضة  
المجلد الرابع

دار النهضة العربية  
القاهرة











إهداء ٢٠٠٨

المستشار/محمد فرج الذهبي  
جمهورية مصر العربية

الْفَسْطِيطُ  
فِي شَرْحِ الْقَابُضِ الْمَلَكِيِّ  
( ٤ )

العقود التي تقع على الملكية  
المجلد الأول

الْبَيْعُ  
والمقايضة

تأليف

عبد المازن عبد السلام

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية  
و دبلوماسي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس



# مقدمة

## العقود المسماة

### وتسمياتها المختلفة

\*\*\*

(١)

### العقود المسماة

١ - المقصود بالعقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننقل في الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وتوابعها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد خفي المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاوله والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيلاً مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

## ٢ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

**الروماني :** بدأت العقود في القانون الروماني تكون شكلية ، تحوطها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقديم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود المبنية ( القرض والعارية والوديعة والرهن ) ، والعقود الرضائية ( البيع والإيجار والشركة والوكالة ) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدريجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : ( القسم الأول ) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عيني كذلك ( do ut des ) ، من ذلك عقد المقايضة ( premutatio ) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقود الاستدانة ( nexum ) يتم بالهبة والميزان ، والعقد الكتابي ( litteris ) ، والعقد اللفظي ( verbis , stipulatio ) .  
(٢) أنظر في منشأ هذه العقود جيرانس ٥٩٨ وما يبعثها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجر له أن يطالب بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشئ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداء ولم يتصرف مقابله . ثم إن لابيرون ( Labéon ) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى ( praescriptio verbis ) أسلاماً للدائن إذا كان العقد يدور بين حلة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تغطي في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر حل استداده ما وفاء بدعوى الإثراء بلا سبب . حل لأن تسمي هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخر في عهد جستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني ( أنظر نظرية العقد المزلف ص ١٢٠ هامش رقم ٢ ) .

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض (sub modo) .  
(والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون تارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدرور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دعيّت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمي والعقد غير المسمي كان ذا أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمي — خلافاً للعقد المسمي — كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قربية من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم (٢) .

### ٣ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المحدث : أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمي والعقد غير المسمي ، فكلها ما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) جيرار ص ٦٠٦ .

(٢) أنظر في كل ذلك نظرية للعقد المؤلفة من ١٢٤ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان بعض العقود يطلق عليه اسم «العقود المسماة» ، فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصاً ، نظراً لكثرة تداولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعدها راسية مستقرة .

وسرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألفه الناس في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح هذا التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاطى في مجالات العمل ، ولكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات المختلفة فيما تناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقا نظم هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢) والزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد أهميتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العقود غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع في أحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد (م ١٢٧) يشتمل على نص في هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : ١٥ - تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

---

(١) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الناروقة الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد أن ألغى نظام الأراضى الخراجية وهو النظام الذي كان عقد الناروقة يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية المؤلف بعض المسائل التي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسرى فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .



ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثا يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يستلزمها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث بأخذه إذا وفق في عمله (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئا على أن يعطى الأول لثاني بعد البيع مبلغا معينا ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحفظ به لنفسه (٢) . وعقد الحاسبة التي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضا عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا حيرة بالألفاظ التي يستعملها المتأقنان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه ، فقد يكونان مخطئين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

---

(١) ويرد هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودي وبارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧ . (٣) ديجوز ٢ فقرة ٩١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة غيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وورد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والمجة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سهلت لبیان الباطن الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملك المجلس لإيادها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نفس مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والفنون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أسئلة على عقود غير مسماة منها : (١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عددا من الأسرة تستعمل لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أجل لذلك . قضت المحكمة الفرنسية بأن العقد ليس إيجابا ولا يبيما ولا عقدا مقدرا لحق ارتفاع ، وإنما هو عقد غير مسمى (دوره الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف لتاجر معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجاب على لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد المؤلف ص ١٢٣ هامش رقم ١) .

## كما في الوصية بخطها الموصى تحت ستار البيع (١) .

(١) والتكليف بسبقة تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزال عليها حكم القانون . لتكليف العقد والكشف عن ما فيه . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنفيذ المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليلاً . وإذا تعد المتعاقدان أن يكفيا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في هذه الحالة يلتبس بالصورية والفرق بينهما - كما ذكر الأستاذ إسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية تغطي كل تصرف ظاهر يحق وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة الوضع الحقيقي ، فعل هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا يغطي إلا كل تصرف واحد يكفیه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وكل المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يشد المتعاقدان أن يكفيا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، فالقاضي يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ إسماعيل غانم ( مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠ ) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً أن يكون تكليف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكفیف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وما مع ذلك يريان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يحل آخر أكثر من ثلث تركته بعد موته مع وجود وثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية بأكثر من ثلث التركة . فيعد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك من طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أفراد الوصية وكيفية بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حتماً وتجرد عن ملك القرينة في الحال مستقبلياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكليف صحيح ، ولكن المتصرف قصد التحايل على القانون . فينبئ المتصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يحل المتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إمالاً لتكليف الحقيقي ، ويحسم له حكم الوصية من حيث عدم تقاؤه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يجرى القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ ثبت من أن المتصرف أراد التجرد من ملك القرينة في الحال واسداً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بتنفيذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا يقتضي التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفية هبة أو بيعاً . هذا وانظر أن أن التكليف يفترض العلم ابتداء بما فيه العقود المختلفة ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مشيئتهما وبالمقابلة بين ما توجهت إليه إرادة المتعاقدين والمصلحة القانونية لكل عقد من هذه

على أن العقد - مسمى أو غير مسمى - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً ( mixte, complexe ) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمتاز في عقد واحد ، وذلك كدير شركة بتولى إدارتها ويكون وكيلها عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كمقد نقل بحرى يعقبه عقد نقل برى أو إيجار يقترن بوعده بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط التأمين أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذى يجمع بين الإيجار والبيع ( location - vente ) ، وكالوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١) .

ولست هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما يطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تناهت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسى وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يلدور بين عقد العمل وعقد الإيجار ، ولكن القضاء (٢) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

---

العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أى تكييفها ، إلى الأستاذ منصور مصطفى منصور في البيع والمقايضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر في مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكى الشافعى بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد المؤلف من ١٢٥ هاشم رقم ١ .

(٢) مصرر الكلية ٢ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الحامدة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٢٦١ .

وضع اليد التي رخصها مشترك قطعت عنه الواصلة (١).

#### ٤ - الأغراض المختلفة التي يتوخاها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً لقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشرع التمهيلي للتخمين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد أضحى شيوعها على إرساء قواعدها واستمرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعيد الطريق للمتاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناوُلها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان يستطيعان التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن المشرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً لا أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فانهما يستطيعان أن ينسخا الحلول التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يرضا الحللول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يحل تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختطف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية وعمل نية الملاك .

(١) نظرية العقد المرفقة بقرعة ١٢٠ .

(٢) عرض المادة ١٢٧ من هذا المشروع : أنظر أيضاً بقرعة ٣ .

٣ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تتصل بالنظام العام . فايراد نصوص على هذا النحو يصبح إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . فذكر التمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي النفل في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير زاه متراً في نواح مفرقة من العقود المسماة .

٤ - وقد يعمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطوره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتجددة . فكل ذلك في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين للوجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

وخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى يسر معرفة الأحكام التي تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . وتطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف وعهوه . ويطلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التقسيمات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاور قفزية لحصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلانبول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى ، وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا فالعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا فالعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته مجرد انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . وإذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو ودية غير مأجورة أو خدمة ماغير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو عقد استئجار أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو ودية مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير النقود ، كعامل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر في مقابل أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله رفع الحق ضماناً للدين ، أو التزول عن الحق بركاً كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلانبول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) أنظر مقاله المنشور في المجلة الانتزاعية سنة ١٩٠٤ ص ٧٠ وما بعدها .

وإذا كان بلايول بما قلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساس منطقي لتقسيم العقود ، فإن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تفريق ومزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط في ميادين العمل (١) .

٦ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرنى السابق** : وقد أورد التقنين المدني السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتي : البيع - المقايضة ( في التقنين الوطني فقط ) - الإيجار ( إجارة الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل ) - الشركة - العارية بنوعها ( الاستهلاك والاستعمال ) - الإيرادات المرتبة - الوديعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروق - الرهن العقاري .

فتألت العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، في غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى لمعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى ، وأورد حوالة الحق في نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمقاولة والعمل في عقد واحد (٢) .

٧ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرنى الجديد** : أما التقنين المدني الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راحى فيه المهل الذي يقع عليه العقد . فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينتظمها أنها تدور جميعاً على احتمال

(١) نظرية العقد المؤقت فقرة ٦٢٩

(٢) وقد نمت المذكرة ، الإيضاحية للشروع التمهيدى التقنين المدني الجديد هذا الاضطراب في العبارات الآتية : « إن التقنين المدني الحالي ( السابق ) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينتظمها ترتيب يتضح فيه منطق سليم ، فحشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستئجار والعمل في باب واحد مع ما يوجد بين هذه العقود من تباین ، وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلاً ينطوي على كثير من التحكم إذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب لثني خصمه لحقوق الدائنين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥ ) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبقى التفتين الجديد بعقد الكفالة إلا هو عقد ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن يفصل عن عقدي الضمان المبنى وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقي في المبادئ الآتية : « أما المشروع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذي يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هي : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هي : عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على موضوع غير عتق ، وهذه هي : القامرة والرهن وعقد الإيراد المرتب على الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات المبينة من ناحية أخرى » (١) .

فنبعث العقود المسماة على هذا الترتيب في أجزاء ثلاثة من الوسيط .



العقود

التي ترد على الملكية



## ٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقود المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح - ونخصص لما هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وتنظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، فبها جميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد به في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم يتفرّد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فللعقد الهبة خصائص يميز بها عن عقدي البيع والمقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد العقود المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل تقتصر على الإشارة إليها . أما الذي نقف عنده في العقد المسمى ، فهو ما يميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنطوي على شيء من الخفاء ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه القضاء فيما عرض له من خصومات .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد الهبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخل الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .



# البيع الأول

عقد البيع



## مقدمة<sup>(١)</sup>

...

### ٩ - التعريف بالبيع - نصوصي قانونية : أوردت المادة ٤١٨ من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

\* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ -  
هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جوار في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة جزان  
باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - أوبري وور وإسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودي  
وسنيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليربور هيجونير وبريت دي لاجريس  
١١ باريس ١٩٣٨ - بلانول وريير وحامل ١٥ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٥٦ - بلانول  
ورير وبولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكابيتان دي لامورانديير ٢  
الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوسران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسكلويدي  
والقز ٥ باريس سنة ١٩٥٥ .

وسائل لرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . ١ . البير (A. Albert)  
في التميز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول: واثية سنة ١٩٠٩ - ديفي (Defaye) في الوعد  
بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فوسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٢٤ -  
ميريس (Miris) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار  
الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بزالار (Boillard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - برينيلار  
(Bretillard) في الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس  
سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer)  
في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣٢ - ديلومز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩١٧ .  
مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان  
سليمان مرقس ومحمد علي إمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى سنة ١٩٥٣ -  
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ جميل الشوقاري سنة ١٩٥٦ - الأستاذ  
عبد المنعم البدراني ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ - ١٩٥٧ -  
الأستاذ إسماعيل غام (مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع  
في القانون المدني السوري دمشق سنة ١٩٥٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني  
العراق بغداد سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ -  
في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حلي عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٦ -  
الأستاذ أحمد نجيب الملاذ وحامد زكي سنة ١٩٤٠ ( وأنظر طبعة سنة ١٩٥٤ في القانون الجديد ) .  
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم .

٥ البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي (١).

وبقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (٢).

وبقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التفتين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٠٦ من المشروع التمهيدي عل وجه مقارب ١. استمر عليه في التفتين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيخوخ أدخلت تعديلات لفظية منيعة أخرى فأصبح النص السابق تالياً تحت رقم المادة ٤١٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٣ - ص ١٦ ) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٣٠٠/٢٣٥ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء ، لاخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .  
(٣) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٣٨٦ ( مطابقة المادة ٤١٨ من التفتين المدني المصري . وانظر التعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتفتيز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا . في البيع في القانون المدني السوري مقرة ٢٤ - مقرة ٢٧ ) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٠٧ ( مطابقة المادة ٤١٨ من التفتين المدني المصري ) .  
التفتين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة .

( ويلاحظ أن التفتين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فبمعنى البيع شاملاً لبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يعد هناك مقتضى الإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء للمستفيل جائزاً بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فنحلل التفتين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ القذوني في البيع في القانون المدني العراقي مقرة ١٥ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء ، ويلتزم فيه المشتري أن يدفع ثمنه .

( وتعريف التفتين اللبناني يقارب تعريف التفتين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص المبيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً ) .



ويستخلص من هذا التعريف. أن البيع عقد ملزم للجائين ، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً ملئياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (١). ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن . ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو يتعقد بمجرد تراضي المتبايعين . ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً للبيع ، لاحق للملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

---

(١) ومن ثم كان البيع يماً بالنسبة إلى البائع ، وشراء بالنسبة إلى المشتري . وكان للرومان يراعون هذا التركيب المزيج ، فيسمون العقد الشراء والبيع (emptio-venditio) ، فإذا اختصروها فنق لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور العالق في الإجراءات الشكلية وفي الإسهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (دور في عقد البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) . ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لظلة الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ٢ ص ٥) . أما التسمية التالية في القوانين اللاتينية وفي لفظه الإسلافي فهي البيع ، لأن أحد الباعين وهو المبيع يكون حيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتتطلب ذاتيتها حل الثمن الذي هو دين في القامة . كذلك يبرز في محصور المبيع المدين بنقل ملكية وهو البائع حل الثمن لهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق الشخصي فانحصرتنا حل لفظ « الالتزام » .

(٢) انظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في الحاشية .

ومعززه عن البيع في الفقه الإسلامي في هذا الفقه يصحح أن يكون الثمن من غير النقود فينتج البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للشروع النهي في هذا الصدد ما يأتي : وأخذ الشروع هذا التعريف عن التفتين المصري الحال (السابق) وعن التفتين البولوني . ويمتاز عن تعريف التفتين المصري بأنهم : (أولاً) أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود . (والأمر الثاني) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود ، وهذا وصف جوهرى في الشيء يحسن أن يذكر في التعريف ، لأنه هو الذي يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الفريضة الإسلامية ، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد في النصوص المتأصلة تعريف لتفتين أجنبي . جمع بين هذين الأمرين . فن التفتينان ما ينقلهما جميعاً ، كما فعل التفتين للمصرن السابق ، ومثله الفرنسي (م ١٥٨٢) ، والإيطالي (م ١٤٤٧) ، والمولندي (م ١٤٩٣) ، والبلجيكي (م ٢٧٢) ، والمشرع الفرنسي الإيطالي (م ٢٢٢) . والسويسري (م ١٨٤) ، والسوفييتي (م ١٨٠) ، والياباني (م ٥٥٥) . ومنها ما يقتصر على ذكر أن البيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينقل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التفتين التونسي (م ٥٦٤) ، والتفتين المراكشي (م ٤٧٨) ، والتفتين الألماني (م ٤٣٣) ، والتفتين البولوني (م ٢٩٤) ، والتفتين الصربي (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الأمر . فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينقل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التفتين الأسباني (م ١٤٤٥) ، والتفتين البرتغالي (م ١٥٤٤) ، والتفتين الأرجنتيني (م ١٣٥٧) ، وتفتين كوبيك (م ١٤٧٢) ، والتفتين النمساوي (م ١٠٥٣) ، والتفتين البرازيلي (م ١١٢٢) . مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ - ص ١٦ .

ويأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٢) على تعريف التفتين المذوق الجديد أنه لا ينبغي . من أهم أثر يرتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشأ عن العقد . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المنطوقة بالتسجيل . ولا شك أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذي ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يمتنع بعبء ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يمتنع

١٠ - البيع ونقل الملكية : ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلًا للملكية : وصنابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية البيع إلى المشتري<sup>(١)</sup> . وتقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلًا للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي القديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم ( clause de dessaisine saisine ) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلًا للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلًا للملكية في التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد تسجل هذا التطور وجعل البيع ناقلًا للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي<sup>(٢)</sup> .

١١ - خصائص عقد البيع - اشتباهه بعقد آخرى : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حق في مقابل عوض نقدي ،

---

« بيا ، مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يروج لقول : « ولعل ساحة المشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأمر ووجهه في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد تول الأستاذ منصور مصطفي منصور ( البيع والمتابضة والإيجار )قرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦ ) الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد المنعم البدوي (قرة ٢٢ ص ٢٦ ) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (قرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦ ) والأستاذ جليل القرقاوي (قرة ٧ ) والأستاذين أحمد نجيب المحلل وحامد زكي (قرة ٢٧ ) .

(١) أنظر ققرة ٢٢٩ - ققرة ٢٢٢ فيما يلي

(٢) أنظر ققرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معاوضة ناقل للملكية والتمن فيه نقد (١) . وحده الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود . فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً ، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً . وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً ، الذي لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يرتب له حقاً شخصياً في ذمة المؤجر للانتفاع بالعين . وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً ، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود . ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى ، فيدق تمييزه عنها . ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود . فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب ، وعند ذلك يصبح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي التمن فيه عوضاً (٢) . والمبرة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع ، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض ، وإلا فالعقد بيع (٣) . ووجود نية التبرع مسألة واقع ، يقدرها قاضي الموضوع

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل تمن معين يكون تبرعاً ، ولو لم يذكر لفظ البيع ( ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ ) .

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة : من ناحية الشكل ، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوليصة وصدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والنقل في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تفرق في مواضعها .

(٣) وقد يتخذ البيع ستاراً هبة ، فيذكر فيه عوض على أنه تمن ، ثم يهب البائع التمن المشتري . مثل هذا العقد لا شك في طبيعته فهو هبة ، بل هبة مكشوفة . وتسرى عليه أحكام الهبة ، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل . فإذا أتمن الواهب سراً هبة ولم يذكر أنه وهب التمن المشتري بل ذكر أنه قبضه ، فالعقد هبة مستورة ، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية .

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - تخلص كثيراً بالبيع وتتخذ ستاراً لها . وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا العدد :

« ككثيراً ما تستر الوصية تحت اسم آخر كالبيع ، فنل محكمة الموضوع أن تدين إرادة التصرف ، =

== وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة النقض . . . .  
 ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ،  
 وكاستمرار قيام البائع ببيع الأموال الأميرية أو العمومية من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته . . . .  
 وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتنص بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع ، بما  
 مدى حياته ، اعتبر المتصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، ونسرى عليه أحكام الوصية ، بما لم يتم  
 دليل يخالف ذلك » . ويبرر سلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع  
 والجهة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير  
 التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع  
 أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تنطبق من الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء  
 يعالج بهذا التساهل عيباً في القانون ، ليصحح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار  
 أنها يبيع أو هبة متجنزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز  
 الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يمه هناك مقتضى  
 لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل  
 إذن للوصية المستترة . . . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد — وهي  
 احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع بمدى حياته — هي الشيء الثابت في هذه المسألة .  
 وهي قرينة قابلة للإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن المتصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن  
 في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف وانتزاعه عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين  
 عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تمارس  
 أن التصرف وصية » ( الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الهامش ) . ويلاحظ أن  
 المادة ٩١٧ مدنى استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها  
 أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية ( الوسيط ٢ فقرة ٢٢٢ ص ٦٠١  
 هامش رقم ٢ — بارتان على أثر برو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١٢٢٠ — جنى القلم  
 والمصايف في القانون الخاص ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٤٨ —  
 الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣١ — ص ٣٢ — الأستاذ اسماعيل غانم ص ٣٢ .  
 وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، والنصوص الخاصة بالإثبات  
 ماعداً النصوص الخاصة بالأدلة التي تند مقمداً تسمى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت  
 لاحقة لصورها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان درويش  
 فقرة ٢٨ ) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكيف العقد أيضاً أو هبة : اشترط البائع حق الانتفاع  
 بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع ( ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ١٢٢  
 ص ٤٠١ ) — تصرف متجنز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمان طويل : صحيح إما  
 كبيع أثر كعبة مستترة ( ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٢ رقم ١٢٤ ص ٤٠٢ ) — اتفاق =

وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (١). وما يرجع وجود هذه الفية أن

= البائع والمشتري على بناء العين المبيعة تحت يد البائع ليضع بها طول حياته : بيع أو هبة مستقرة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - فقد القيد في حياة البائع برفع يده من الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل القيد : بيع (١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يحول دون اعتبار التصرف يماً (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكثيف القيد يماً (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧١٨) - زل البائع للمشتري من باقي اثمن واشترط ألا يتصرف المشترون في البيع مادام حياً ولكن صدقته بعد ذلك إقرار يملئ هذا الشرط ويطلق المشتري حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يمكن لتكثيف القيد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٤ ص ١٥٢) - بيع سجل من والده إلى ولده : بيع أو هبة مستقرة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة ما بين البائع حياً لا يمنع من تكثيف القيد يماً (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦) - وفي تكثيف القيد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورحل بعض الأطنان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩) - ويجوز ورقة ضد نقض بأن البيع لا يسري إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، فاستبقاء البائع حياة لا يمنع من دفع المشتري ثمنه من التصرف وعدم إلزامه بنقض الأحوال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والده إلى ولده بثلثي بنس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عند صادر من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظل واقعاً يده على المبيع طول حياته واستغنى بالمقد عند حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ من ٣٢) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف بامتياره وصية ، وإنما كان قائماً حول تصرف فية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن لمحة الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لمحة القضاء المادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وأظهر أيضاً في تكثيف القيد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقض مدق في يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١١٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥ ص ٢٠٦ .

(١) جيوار ١ فترة ٧٠ .

يكون المرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب ، بل قد يكون الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتماقد الآخر بينهما (١).

٢ - وقد يلقى التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انتقاص ، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفد . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما الفحم والبتروك والمعادن والحجر في المناجم والمهاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفد ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢) . ويطلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق في بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض . ويطلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشترى ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما في الإيجار فنسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

---

(١) بلاتويل وريبير وحامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلاتويل وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١ - وقد فسدت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطامن قد تماده مع وزارة المالية على أن يقوم باستئصال التطرون الجاف باستقدمات منطقتين رسا مزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية علاوة على هذا الثمن أمانة كذا جنيهاً من كل طن ، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تنفق مع الطامن على حد أدنى لكافة التطرون الذي يقوم باستئراجة مقابل الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ريعاً لاستقدمات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا يد من قتاده يوماً ما . وحقيقتة - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة والإيجار والمستأجر - أنه قد يبيع التطرون لا قد ييجار المستقدمات . والمبيع بموجبه هو من مينة على كل التطرون الموجود والمستقدمات بلا حاجة إلى وزن ، وثمة قد حدد دون توقف على وزن ثمة هذا مبلغ الإثارة . ويثنى على ذلك اجهاره بيماً جزئياً ، فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل ما لله المشتري (٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٦١) .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١). ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج محصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه المصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالمعبرة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرآن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها ، وتقدير موضوعي لا معقب عليه فيه من محكمة النقض (٢). فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى أحكام الإيجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يختلف تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣).

وهناك فرض آخر يدق فيه التمييز بين البيع والإيجار ، فقد يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واظب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر البيع (location - vente) ، وقد ورد فيه نص خاص هو نص المادة ٤٣٠ ملق، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فتسرى عليه أحكام البيع . وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ - ص ٦  
(٢) أما التكييف الثانوي لعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الراتبة فأسئلة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣) . ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً بسلم هو تمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .  
(٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض منافع أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦ ) .

وقد يقال إن الإيجار عقد زمني فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع فعقد فوري . وهذا الميار صحيح في جملة وإن كانت هناك بيع الزمن فيها عنصر جوهري فتكون عقوداً زمنية وذلك كمعقد التوريث .

(٤) أنظر فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يلي - وقد يشتبه البيع بالإيجار في التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، حيث ينزل المستأجر من إيجاره لتغيره وهذا هو البيع أو يؤجر حقه الغير



٣ - وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع في هذا الفرض لبس ما ، وخصوصيته في أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيها إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق ، إلا أن العبرة فيه هي بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إيراداً مرتباً مدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق في المربى ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمال في صورة الإيراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فإذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بألفين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع

---

== وهنا هو الإيجار من الباطن . ويرجع في ذلك إلى قصد المتعاقدين ، ولكن قد يبنى هذا القصد حتى يدق التمييز . بل يقع أن يعتمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التصرفين وهو يقصد التصرف الآخر . فقدمت الفقرة الأول من المادة ٩٤ مدني إلى قطع السبيل على هذا التعايل ، ونصت على أن « منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منه من التنازل من الإيجار ، وكذلك المكس » .

(١) بلانويل وويرير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٣٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عيسد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكي في النقود للمادة فقرة ١١٨ ص ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ - وأنظر ما على فقرة ٢٠٥ .

معدل من العقود زهيد ، فالعقد مقيضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقد أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يندق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل للملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد ، ويقرن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يندق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاولة . فإذا كان الصانع هو الذي ورد الخدامات التي يصنعها ، وكانت الخدامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذي يلتزمه صاحب المصنع أن يرود

---

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وقرة ٤٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البداوي فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للتأجير الوفاة بالاجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً ما دام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للتأجير على سبيل الضمان ، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد خصم الاجرة . فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه المجهز عليه لم يكن للتأجير أن يتبرص على المجهز بأنه وقع على مال غير مملوك لشدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ٢٧ (١٠٧) .

مصنوعاته إلى العميل، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولنجر أو سيارات أو غير ذلك، هو بيع أشياء مستقبلية. أما إذا كانت الخيامات أقل قيمة من العمل، كالرسم يورد القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها، فهذه الخيامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان، ويكون العقد عقد مقاول لا عقد بيع. والخياط (الترزى) إذا وود القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاول، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١). وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل، فالعقد يكون في هذه الحالة مزجياً من بيع ومقاول (٢). أما المقاول الذي يتعهد بأقامة مبنى، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاول، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣).

٣ - وقد يبدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة. فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين، على أن يأخذ المودع عنده مقدراً معلوماً أجره له. مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة لبييعها صاحب المكتبة، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبييعها. ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة، وهذا إما أن يبيعهما لحساب صاحبه فيكون وكيلًا بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجرًا معيناً على ما يقوم ببيعه. وإما أن يعتبر، عندما يجد مشترياً، أنه هو اشترى أولاً من صاحبه بشئ معين، ثم باعها للعميل بشئ أكبر، والفرق هو مكسبه. والقول بتكليف أو بآخر

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تشريع الموجبات والقود اللبناني على ما يأتي :  
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي للعقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استئجار » .

(٢) ويقرب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٨ من ص ٣٠ .

(٣) بلانويول وديير وهامل ١٠ فقرة ٥ .

يتوقف على لية المتعاقدين ، وهذه النية يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف الواقع (١) .

٤ - وقد بلى التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة . ويحدث ذلك مثلا في حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) ، فانه يشتري باسمه ما وكل في شرائه ، وتنقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى الموكل . فينطوى التسخير إذن على عقد وكالة هو الذى أبرم بين الموكل والمسخر ، وعقدى بيع العقد الأول هو الذى أمره المسخر مع المتعاقد الآخر والعقد الثانى هو الذى أبرمه المسخر مع الموكل . ومن ثم لا يختلط البيع بالوكالة في هذه الحالة ، بل يقرن بها . وكذلك السمسار والقومسيونجى يقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله ، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد ،

---

(١) قارن بلانويل وهامل ١٠-فقرة ٤ - والأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥ - ومن أنفصية محكمة النقض في اختلاط الرديئة بعقد البيع ناقضت به من أن التزام المودع لديه رد الشيء بيده عند طلبه شرط أساسى في وجود عقد الودية ، فإذا انقضى هذا الشرط انقضى معنى الودية . فإذا سلم قطن ملحق بموجب إيصالات ذكر فيها أنه لايجوز لحاملها طلب القطن مئياً ، ثم تصرف صاحب المبلغ في القطن بدون إذن صاحبه ، لم يمتثل ذلك تديداً مطابقاً عليه للمادة ٢٩٦ من قانون العقوبات (م ٣٤١ جديد) : نقض جنائى ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٣٧ ص ٤٨٨ - ونقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى البائع حتى يجرى المشتري ، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الودية ، فإن تصرف فيه إضراراً بصاحبه فإنه يكون خائناً الأمانة ويخضع عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات (نقض جنائى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) ونقضت كذلك بأنه إذا كان العقد يتضمن إقراراً بدين مصحوباً بتأمين كمية من القطن أودعها المدين لحساب دائنه لدى تاجر قطن كان اشترى فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية ، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكوتيراتات والاستعداد بدبته على الدائن وهوائه من ثمنه إذا جبط سعره ، ولم يتم البائع بالتنظية بحسب العرف المقرر لبيع الأفطان ببورصة الضائع ، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدنى عادى يكون فيه المودع لديه أو المشتري ملزماً بنقل أسعار القطن شهراً فشهراً حتى يأذن له البائع في بيده ، وإنما هو عقد يتضمن تكليف المشتري أو المودع لديه ببيع إذا لم يتم البائع بالتنظية الواجبة عرفاً عند جبط السعر (نقض مدنى ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣١ ص ٤٠٦) .

فيكون هناك عقد ممسرة ( وكالة ) مقترناً بمقلى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر (١) .

٥ - وقد بدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقرض من آخر ، فيعمد إلى شراء سلعة من المقرض بئمن مؤجل ، ثم يبيعها بئمن معجل ، فيصبح مديناً بالئمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقرض ، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويطلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فالحش ، احتمال المتعاقدين للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بئمن مؤجل والآخر بئمن معجل . ومتى تبين للقاضى أن هذه هى نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيع من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تخطط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التقرر بالشراء من الغير (déclaration de commande) وقد تقست محكمة النقض بأن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، يجرى أحكامها على الآثار التى ترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى ينفع لها شرط اختيار الغير والآثار التى ترتب عليه تنافراً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء البين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا عمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وحى أحكام مفردة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير إستاند ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري بظاهر من الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا عمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة ( نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجسرة أحكام النقض ١ وتم ٨١ ص ٣١٢ ) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بونيه Mohatra ( بوردى وسيلها فقرة ٢٢ ) .

به قانوناً . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريمه يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال ، فيتخذ وسيلة إلى القرض ربياً فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عيناً ، وإنما هو يرهنها عند المشتري وفاء فإذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربيع وهو يزيد عادة على القوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرضاً مضموناً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التتقين المدني السابق يقضى بجعله باطلاً باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التتقين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ ذريعة لمثل هذه الأغراض (١) .

## ١٢ - أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة : وعقد البيع هو

أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تنسج ميادين التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقتة المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايض عليها . فلما تقدمت الحضارة وتوعدت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل عسيرة التناول وقل أن تنى بالأغراض المختلفة التي جدت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الوساطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشتري منهما ثمن

---

(١) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع ( الاستاذ جميل الشرف فقرة ٣ ص ٧ ) . وفي الفقه الإسلامي يوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الأول الذي يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت دور لسك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت للدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تسك العملة . وهكذا ظهرت النقود وسيطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختف المقايضة تماماً من ميادين التعامل ، فقد يقع أن يتقايس شخصان شيئاً ببنىء ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوى كعملد (soulte) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع ، دون أن يقبض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في التعامل الخارجي أوفر من حظها في التعامل الداخلى ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد تعقد شؤون النقد ، تنفق فيما بينها على تقايض السلع .

### ١٣ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدنى السابع : أفاض التقنين

المدنى السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، فعوض بهذا التبسط اقتضابه في نصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً في تنسيق نصوصه . وترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، حيث تنمى هذا النقص على التقنين المدنى السابق في العبارات الآتية :

---

(١) وقد هجرت العملة المعدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها العملة الورقية .

(٢) خص التقنين المدنى السابق عقد البيع بمائة وإحدى وعشرين مادة وزعت على سبعة فروع ، فكان حظه من التنظيم أوفر من أى عقد آخر .

و أما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي ( السابق ) ترتيباً علمياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، وبين كيف يكون إثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه ( بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة ) ، ثم يقرر أن مصروفات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فنم الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالإثبات ( م ٣٠٢/٢٣٧-٣٠٣ ) والبيع الملحق على شرط أو المقترن بأجل ( م ٣٠٤/٢٣٨ ) والبيع التخيري ( م ٣١٠/٢٤٤ ) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدين ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع الثائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قلنا (١) . وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطقي ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوان بها خطأ الفصل الأول . وقد بنى في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس للغير في البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عمدنا ، في شرحنا هذا البيع ، إلى أن ندمج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تنقيده تصرف المريض في شيء مملوك له رعاية لحق الورثة . وبيع الثائب لنفسه يدخل في التباينة في التماثل ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع ، فيجوز صدور الرضاء من الأصيل أو من الثائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فيجب ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما نلفناه في شرحنا .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ص ٨ .



## ١٤ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد - ما استحدثت هذا

**التقنين من التعديلات:** أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منطقاً في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري .

ففي أركان البيع خص بالذكر المبيع والتمن ، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق ، واشترط في التمن أن يكون تقدماً مقدراً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرد إلى التمن على اعتبار أنه يرد قديماً على حرية المتعاقدين في تقدير التمن

واستعرض التزامات البائع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشيء المبيع جزئاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم ، وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فين على مع تقع تبعة هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان الصيوب الخفية ، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً التزامات المشتري ، وهي دفع التمن والمصروفات وتسلم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع التمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالتمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر (١) . وإذا

---

(١) مجموعة الأصول التصديرية ٤ ص ٨ - ص ٩ - وتمثل لذلك المذكرة الإنشائية لمشروع التمهيد فتقول : « من ذلك تحديد الأصول الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان الثقتين المدنى السابق قد تبسط في تنظيم عقد البيع على النحو الذى قدمناه ، فان الثقتين المدنى الجديد وجد مع ذلك السيل واسعا إلى التفتيح ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً مقعدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت في بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) :

« أضاف نصوصاً جديدة في البيع بالعينة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول في التجارة والبيع بشئ مقسط ، وأبقى حق المشتري في ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض ، كما أثبت للبائع حتى التخلص من هذا الضمان إذا هو رد المشتري ما دفعه للمستحق توكيلاً من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية للمبيع للعمل » .

« وحذف نصوصاً مقعدة أو نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون في ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأوصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعيوب الرضاء ، والبيع للأسمى ، والشروط العامة لحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب في بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بمحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مبهمه ، وأوجز في أحكام مسبهة . من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق ، وعلم المشتري بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لاجتماع أيام من وقت العلم بالعيب » .

== في النثر المبيع جزائياً ، وبيان الطريقة في تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم الاتفاق على تبديل الضمان ، وحبس الثمن ، وحبس المبيع ، وفسخ بيع المنقول لعدم الرضاء بالثمن » ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ - ص ٩ - ص ١٠ ) .

(١) مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ ص ١٠ - ص ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالي (السابق) . من ذلك تبعة الملاك قبل التسليم في البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم في المنقول » :

« هذا إلى أن ( التقنين الجديد ) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تتجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق في التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع في البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية في العقار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة الميسرة » .

١٥ - **مخططة البحث :** والخطة التي نتبعها في بحث عقد البيع أن نتكلم في أركان هذا العقد ، ثم في الآثار التي ترتب عليه في فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التي أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع في المكان المناسب له في الفصل الأول الذي خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية السياسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمي ، يتردد كثيراً في تعقب أثر المشرع في هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع التوب الفقهي الذي يلائمه في البيئة التي ينشئ إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم طبيعة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها في المكان المناسب له ، ولا إيراد التواحي العملية وتطبيقات القضاء في كل نوع ، بحيث يبرز كل هذا بتأصيل فقهي سليم يساعد كثيراً على إدراك حظ هذه التطبيقات العملية من الإصابة والسداد :

## الفصل الأول

### أركان البيع

...

١٦ - **نظير القواعد العامة** : أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قبل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع : التراضي والمحل .

## الفرع الأول

### التراضي في عقد البيع

١٧ - **شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروط** : هناك شروط لانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فإن البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض يبيع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

## شروط الانقضاء

١٨ - التبايع أصالة والنيابة في التبايع : الأصل أن يتبايع المصاقلان إصالة عن نفسيهما (١) . ولكن كثيراً ما يتم التبايع بطريق النيابة ، إما عن البائع وإما عن المشتري وإما عن كليهما .

## المطلب الأول

### التبايع إصالة

١٩ - القواعد العامة : عرفنا في القواعد العامة لنظرية العقد أن شروط الانقضاء في التراخي هي ثلاث القبول بالإيجاب وتطابقهما . وقد يكون التصاقل بين غائبين ، يتم العقد في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب (٢) ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس . وقد بطلنا القول في كل ذلك في النظرية العامة في العقد ، فطبق هذه الأحكام في عقد البيع على النحو الذي قدمناه (٣) .

(١) وهناك حالات نص عليها القانون يباع فيها الشيء على صاحبه فلا يشترط ومصاد ، مثل ذلك نزع ملكية الشيء وفاء الدين على صاحبه ونزع الملكية للمصلحة العامة ( بلاكول وريجر وعامل ١٠ فقرة ٢٧ ) .

(٢) استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٢٣٨ - استئناف غخط ٣ يونيو سنة ١٩١٤ م ٥٦ ص ١٨٠ .

(٣) فيجوز التعبير عن البيع والشراء بالقلم والكتابة والإشارة والسكوت ، ويكون التعبير صريحاً أو ضمنياً . ويجوز القول من الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول ، إلا إذا جن في الإيجاب محاذ لقبوله فيلزم الموجب البقاء على إيجابه طول هذا المهاد . وإذا مات من صدر منه القبول أو قد أحبطه قبل أن يصل القبول إلى الموجب ، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب . فهذه الأحكام جميعاً وفيها من الأحكام التي سبق أن أوردناها في نظرية الالتزام بوجه عام في صدد العقد تسري على البيع كما تسري على العقود الأخرى ، فربح في ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً .

وقد يكون البيع صورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسط ، فنحبل إلى ما قدمناه في ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول من الوسيط .

والذي وقف عنده هنا مسألتان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

## ١٤ - تطابق الإيجاب والقبول

٢٠ - العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٥٧

من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والثمن » . وهذا النص مأخوذ من المادة ٣٠١/٢٣٦ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه » . ولما تلى نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ في الماشي . وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « النص مطابق للتقنين المصري الحالي (السابق) ٢٣٦٦ / ٣٠١ . وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرى إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها لايهنها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان البائع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى قبل شرائها لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

ويجب أيضاً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعة مائة لم يتم البيع لأن المتابعين لم يتفقا على الثمن (١) .

= غرضين : (أولاً) أن يحدد بذكر المبيع والتمن لإيراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركبتين . (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في تمامه تسجيل ولا كتابة .  
وقد نصت المادة ٣٨٨ من تقنين الموجبات والعقود الجنائي على أنه « لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والتمن » ونصت المادة ٣٧٣ من نفس التقنين على أن « صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والتمن والشرائط العامة لصحة الموجبات العقدية » .

(١) نقض مدني ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ وتم ٤٣٣ ص ٧٩٧ - ويعرض لنقض الفرنسي متضمناً أنموذجاً لقرينة لفرض بعيد الوقوع في العمل : يطلب البائع في الدار ألفاً وقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يذهب بونيه إلى أن المشتري وقد رضى أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فبموجب البيع على ألف (بونيه في البيع فقرة ٣٦ - بودي وسينيا فقرة ٢١ ص ١٥) . وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصلح للتمن بالتمن - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فبموجب البيع على ألف لا على ألف ومائتين . وتنص المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « تكون موافقة القبول للإيجاب ضماناً ، فلو قال الدافع للمشتري منك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسة مائة ، انمقد البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس أزم المشتري حينئذ أن يسطيه خمائة لقرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريته منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بته منك بثمانمائة يتعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والتمن ضرورياً لثم البيع ، فهو أيضاً كاف ، ولا ضرورة لتتام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فتم البيع

== ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد في الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع في غلط . لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين ، وبأب ضيق البائع أن يساره في هذا الثمن ، فيقبل البيع بتمن أقل هو الثمن المتبادل في نظره ، فهنا يكون إيجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً ( م ٩٦ مدني ) ، ويعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديدي نافع له عما يخص قبولاً لهذا الإيجاب الجديد ، فتم البيع على الثمن الأقل . وإذا بدأ البائع بطلب ثمن معين ، فأب ضيق المشتري إلا أن يزيد في الثمن ، فقبول المشتري الشراء بالثمن الأكبر إيجاب جديد يقبله البائع بسكوت ، فتم البيع على الثمن الأكبر ( أنظر في هذا المبنى الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٢ ) .

والدبرة بنية المتعاقدين ، وتستخلص الثانية من القرائن في كل من الفقه الفروي والفقه الإسلامي . جاء في الفتاوى الخمانية : رجل ساءم رجلاً بطوب ، فقال البائع أبيه بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذه إلا بمشرة ، فذهب به ، ولم يقل البائع شيئاً . فهو بخمسة عشر إن كان المبيع في يد المشتري حين ساءمه ، وإن كان في يد البائع فأخذه منه المشتري ولم يمنه البائع فهو بمشرة . ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذه إلا بمشرة وقال البائع لا أبيه إلا بخمسة عشر ، فردده عليه المشتري ، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً ، فذهب به المشتري ، فهو بمشرة . ( شرح المجلة لسلم باز ١٧٨٨ ص ٨٣ ) .

(١) استئناف وطني ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ المحقوق ٧ ص ٢٨٥ - استئناف غنطلي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفي حدد توافق الإيجاب والقبول في البيع قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن البيع يتم بتوافقه الإيجاب والقبول على المبيع والتمن ( ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٩ - ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨ ) ، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول المقد كاملاً ( ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢١٩ ) . ويجوز أن يبقى عن توقيع فلتشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للمين المبيعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع ( ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٢١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٢٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة أيضاً بأن البيع الموقع عليه من البائع موحده يلزمه ويجوز المشتري إجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون ==



إذن حتى لو سكت المتبايعان عن تحديد وقت تسليم المبيع، أو عن تحديد وقت دفع الثمن، أو عما إذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج، أو عن يلتزم بدفع مصروفات البيع، أو عن نحو ذلك من المسائل. فإدام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١)، ويكون المبيع واجب التسليم فوراً، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم يفتن على فوائد

١٨٩٦ نافذاً في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٦-٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٩- وى حكم يكون نافذاً في حق الغير لو سجل. ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨). ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا بمن له مصلحة في ذلك. كقصر آخر من البائع أو دائن مرتهن (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٤- ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن مجرد إرسال كتاب من صاحب السلعة بعرض سلعته لا يكون إلا إيجاباً غير مقرون بقبول الطرف الآخر (٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤) وبأن مدلولات مجلس إدارة الشركة القرضية لمدير الشركة في إيقاع البيع لا تعتبر إيجاباً (٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة في مفكرة المدعى والموقع عليها من المدعى عليه، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع المدعى المصفى البينة أنواعه وأوصافه فيها ومقدر كل نوع منه وثمانه وتشمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع ولو أنها مذبذبة بعبارة « وهذا حين تحرير الشروط »، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فترأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق ببقاء شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضح من الطريقة التي يتبينها في حكمها وقالت إنها اتبناها طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التمهيد المأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئياً، وإذ استكملت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى، تكون قد استخلصت ذلك ولا ينتج عنه، فلا تصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتسلطه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤). وقضت من جهة أخرى بأن متى كان الإقرار المتنازع على تكليفه صريحاً في الإنصاح عن قبول المقرر للبيع بالشروط التي أقرتها، وكان للتسك بهذا الإقرار يتناول في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقي الإيجاب والقبول للكلين لانعقاد البيع، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وجوده يحيل البيع غير معتقد لعدم الاتفاق على العين المبيضة (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٣). وقضت بأنه إذا لودع عقد البيع والثمن أمانة عند أجنبي، وقرر الأجنبي أن السبب في الإيداع هو أن البائع كان باع نفس المبيع لشخص آخر واشترط ألا يكون هذا البيع الثانى باتاً إلا بعد التعاقب من البيع الأول، كيف البيع الثانى بأنه بيع سلق على شرط واقف هو التعاقب من البيع الأول (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥).

لم تستحق التوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها ، ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقد الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدنى على أنه : إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والمادة (٢) .  
وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون لازماً ، فيجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتزم به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان للشابت من وقائع الدعوى التي أوردها الحكم أن وائجب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بتمام الصفقة ، ووجه في الوقت المناسب إنداءاً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمي ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدى إليه ، بل كان كل مقال له لا يبرر ما عاص إليه ، فإنه يكون معيلاً متعياً بنفسه ( نقض مدنى ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩ ) .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي يؤ فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتبين المحكمة المتعاقد الذي يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والمادة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ مدنى - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٣١ - صور عملية الإيجاب : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعتمد التاجر إلى عرض سلعها عن طريق النشرات والإعلانات و الكتالوجات وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها . وقد يعمد التاجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والخصيصة التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن الموجب لا يعبئه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى التاجر ، وقبل أن يشتري السلعة المبينة في النشرة أو في الإعلان أو الكتالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و الكتالوجات ، يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلع المبينة في نشرة أو إعلان أو كتالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

---

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة كل حقيقة المقصود . صرض التاجر لبضائنه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المخصصة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تمييزاً صريحاً . (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦) »

السلعة لا قبولاً ، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تناقذه . وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للفتن المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتهاف بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦) . وجاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالنصارى في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يمتحنون أبوابهم للطايق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد كانت الإستجابة إيجاباً يحتاج عما عداه من صروب الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عكست المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم العادل بما يأتي : « وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التمسك في استعماله . على أن الإساءة في هذا العرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تترعى الانتباه . وقد تمتد لتشمل إعمال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التمسك . فكل هذا الرفض يقرب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التوفيق على مبلغ من المال ، إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض القروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التوفيق إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الماثل » (الوسيط ص ٢١٦ - ٢١٧) .

ثم البيع ، أما إذا لم يبين على السلة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجابياً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقي عنده منها شيء . فإذا تقلت السلة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نقاد السلة بمثابة رجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً بإجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبنى فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يقوم بإجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن التاجر ملزماً بإجابه إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أى عميل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذي أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإجابه أن يتعهد لمن يطلب السلة بأن يوردها له في وقت مناسب . فادامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق في طلب السلة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلة توريدها له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يمتنع بأن السلة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلة التي نفذت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتخمين المدني الجديد يشتل في هذا الصدد

---

(١) أو يقال إن الإيجاب يقوم مادامت السلة موجودة عند التاجر ، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود برودى وسينيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .

(الموسم - م ١)

على النص الآتى (م ١٤٣ من المشروع) : ١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . صحت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

## ٢٢ - شكل عقد البيع : ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل

خاص ، فهو ليس بعقد شكلى ، بل هو عقد رضائى . ففى تم الاتفاق على البيع والمبيع والثمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة هرفية . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفى ، شأن البيع فى ذلك شأن كل عقد من عقود التراضى (٣) .

(١) وقد جاء فى الفكرة الإبضاحية لمشروع التمهيدى فى الصدد : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لخص الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص من الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب لنهاية الملتزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى افتقر به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة لتقديم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضرور الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .  
(٣) استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ - استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والوفود اللباني على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهياً مع مراعاة القواعد الموضوعة لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، وكانت المادة ٢٣٧ وطنى على أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة » ، ونقايها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى » ، والمادة ٣٠٣ مختلط : « البيع يكون بالمشافهة أو بالإشارة » . هذا ولم ينص قانون التسجيل فى العقار من رضائية البيع ، فسرى أن بيع العقار لا يزال معقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً لا لنقل الملكية .

على أنه قد ينص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيوع ، وذلك كييع السفينة وبيع برامات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

( الأمر الأول ) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً باتاً ، وإنما اتفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع ، إمعاناً منهما في الحصول على وسيلة قوية للإثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالمعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في المعقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق . فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً ، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

( الأمر الثاني ) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين . فإذا أدخل الواحد

---

(١) وقد نصت المادة ٣ من تقنين التجارة البحرية على أن : " بيع السفينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي ، سواء حصل قبل السفر أو في أثناءه ، وإلا كان البيع لاغياً " .

وإذا كان الثمن إيراداً مرتباً ، لم ينعقد البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن : " المعقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً " . وتقض المادة ٢/٢٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف في استغلال مصنفه لا ينعقد إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر يبيعاً شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب .

بالتزامه ولم يساهم في إنعام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر على تنفيذ التزامه عيناً بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع في هذه الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يصدر لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم موجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت الانفاق الأول .

( الأمر الثالث ) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً باتاً كما في الحالة الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدا إعلاد مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون البيع شكلياً في هذه الحالة (١) .

(١) بلانويل وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ فقرة ١٢٨ - جيوار ١ فقرة ٩ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - وكان المشروع للتهديد لفنئين المدني الجديد يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنهما قصدا ألا يتم العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، فيرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا الشكل أو طريق الإثبات ، وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التفنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بعقد وصحي أو بعقد عرسي " . وكان أصل المادة : " بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله بعقد رسمي أو عقد عرسي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع العقارات ، وبقيت المادة بعد حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . والتفسير الصحيح لهذا النص أن التباين بين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد التراضي ( لوران - فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - جيوار ١ فقرة ٧ - أوبري وود - ص ٢٨ هامش رقم ١ مكرر - بودرى وسينيا ٧ فقرة ١٨ وقرة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧ ص ٢٥ هامش رقم ١ ) .



٢٣- إثبات عقد البيع : عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع يتقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار(١). وكان التزام المشتري بلدغ الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالقيمة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات(٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معلوم القيمة بأن كان إبراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة(٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد(٤) .

٢٤- تفسير عقد البيع : عقد البيع ، كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

---

(١) وهذا بخلاف حالة الحق ، فقد يباع حق معروف بمثل ثمن أقل ، فيكون التزام المثل قيمته أكبر من قيمة التزام المثل له ( الوسيط ٣ فقرة ٢٦٢ ) .  
(٢) أركان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة أن هي أحالت الدعوى على التحقيق لينتج المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه بقيمة الأشياء المبينة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات ( نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٨ ص ١٥٨ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن كصدور البضاعة للمشتري وتسليمها إليه ( ٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٦ ) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بماتورة صادرة من البائع ومقبولة من مسمار المشتري ( ٨ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٢١ ) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال مبدأً ثبوت بالكتابة ببيع إثبات مساحة الأرض المبينة وحدودها ووقوع البيع باناً بالبيئة ( ١٥ يناير سنة ١٩٥٣ م ١٥ ص ٨٩ ) .

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ - وقد كانت البارة الأخيرة من المادة ٣٠٢/٢٣٧ من التفتين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فنقول : • إننا في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات • .

للتعرف على إرادة المتبايعين ( م ١/١٥٠ مدني ) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا تجيز محكمة النقض لتقاضى الموضوع أن يتحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً ونشوبها مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ( م ٢/١٥٠ مدني ) . ويستلزم للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، البائع أو المشتري ، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع ( م ١/١٥١ مدني ) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ( م ٢/١٥١ مدني ) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترطاً للمياه والنور والغاز بشروط أمثلها عليه الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يذعن لها . فإذا كان هناك غرض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضى فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المذعن (٢) .

---

(١) وقد أورد الفقه الفرنسي على هذا النص قيتين . أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أُمِرَ القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثاني أنه لا يسرى إلا في تفسير الشروط الطبيعية المألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع ( أوبري ودو ٥ فترة ٢٥٣ هاش رقم ٣ - بودري وسبينا فترة ٢٨٤ - بلانول وروبير وهامل ١٠ فترة ١٨ ) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى ( انظر فترة ٢٢٥ في الماش ) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فترة ٣٨٦ - فترة ٤٠٠ .

## ٢٥ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون

٢٥ - **مرحلة تمهيدية للبيع النهائي** : فرضنا فيما قدمناه أن المتابعين قد عقدوا العزم على التتابع ، فأبرموا عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون يوماً ابتدائياً ، وكثيراً ما يقترن بالبيع الابتدائي عربون يميز للعائد الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، وتطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فستعرض : ( أولاً ) الوعد بالبيع ( ثانياً ) البيع الابتدائي ( ثالثاً ) البيع بالعربون .

### أولاً - الوعد بالبيع

## ٢٦ - صور ثلاث للوعد بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع

نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث :

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملتزم وحدد بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملتزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

---

(١) الوسيط ١٠ فقرة ١٣١ - فقرة ١١٢ .

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .  
وفي هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء .  
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما ترى ، الصورة العكسية  
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملزم وحده بالشراء إذا رغب  
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملزماً بالبيع ، بل هو حر  
إن شاء أظهر رغبته في البيع فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه  
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،  
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد  
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد  
يجتمع الوعد بالبيع ملزماً للجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد  
بالشراء ملزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجتمع صورتان  
المتقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته  
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع  
كما قلنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملزماً بالشراء إذا أظهر  
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط  
الوعد بالشراء كما قلنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا  
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني  
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في  
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد  
ملزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملزم للجانب واحد  
ووعد بالشراء ملزم للجانب واحد ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

## ١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية : يتحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة  
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء .

فالمستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال في أن يشتريها ، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كافياً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استغنا ، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فينزع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو لتدبير الثمن ، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء ومن ثم يسقط الوعد . إذا أعجبه الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها المصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو دبر المال اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشتريها فيتم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع متجاورة من الأراضى للملاك مختلفين ، فيعتمد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع القطع اللازمة للبناء .

---

(١) ويطلب كما قدّمنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا انتهت الإيجار انتهت الإيجار منه الوعد بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تنتهي حتى لو تجدد الإيجار تجددت نصيباً فإن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يجدد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انفسخ الإيجار بسبب هلاك العين المؤجرة لم ينفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على العين به إعادة بنائها . وفي حالة تأجير العين من الباطن ، ينال الوعد قائماً لمصلحة المستأجر الأصل لا لمصلحة المستأجر من الباطن ( بلانتيول وريبير وهامل ١٠ - ٨٨٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٤ ) . وقد يقع أن مستأجر العين يحصل على وعد ببيعها ، ويطلب لصاحب العين الأجرة مضاعفة ، فإذا أكل الثمن كانت له العين ، وإلا استرد ما دفعه زيادة على الأجرة ( بلانتيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ) .

ويمكن الاكتار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية: شركات البناء العقارية تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المستأجر - تلياً الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعدد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم لفئة العامة، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي ويترتب عليه حق عيني، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف بتنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه، فيفتق مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا وسأ مزادها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزاد باسم مستشار. وقد قضت محكمة النقض بأن تعدي المدين بأن من استغفمه تسخول في المزايدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعاره الاسم، وأن المعار اسمه لا يملك في حق الأصل - هذا التعدي محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من وسأ عليه المزاد كان عند رسو المزاد عليه مبرراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأعيان عند رسو المزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات، فذلك لا يصح التعدي به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ١١٣) .

وقد يهدد مدين دائنه بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المحتلف على تكليفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكراً فيها أنه « إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول »، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينعقد مفعوله كبيع بمجرد التعاقد، وإن تعلق على شرط فاسخ . وإذا فاعتبار تلك الورقة تضمنت شرط تعليق الدائن للأطيان مقابيل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوية حاجتها . وليس فيه نسخ لدولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن يتفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً المطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذى وعد ببيعه . فننظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التى ترتب عليها إذا انقذ صحيحاً .

## ٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انقذاً صحيحاً :

رأينا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدنى تنص على أن ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينقذ إلا إذا عرفت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعود له (٣) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب بيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائى . ففى الوعد بالبيع ينتق كل من الواعد والموعود له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعود له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملام لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائى ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الإيجاب الملزم ، ففى الإيجاب الملزم لم يلتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المدة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٣٤ - فقرة ١٣٥ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص فى الوسيط ١ فقرة ١٣٤ من ٢٥١ هـ أى ١٩٣٥ م .

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعود له ، كما هو الغالب ، فهو قبول لا يشترط فيه دمه التزاماً ، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قبولا ، وبالأولى قد يكون اتبوعاً حسنأ .

بالبيع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

ويخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والتمن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له ورغبته فى الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبيع هو ما يأتى . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التعيين الواجب شأن كل مبيع . (٢) الثمن الذى تباع به ، مع تحديده تحديداً كافياً شأن كل ثمن (٢) . (٣) المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر ورغبته فى الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضميناً ، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هى مدة الإيجار (٣) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبيع على ما تقدم ، وأبرم

(١) ويقول بودرى وسينيا إن الوعد بالبيع قد يكون فى مرحلة أول مجرد إيجاب من البائع ، وهو إيجاب يستطيع صاحبه المدول عنه . وقد يقوى من ذلك فى مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن بقبول من الطرف الآخر دون أن يتقيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالبيع ملزماً لطالب واحد ، ويلتزم الموجب بوعده ولا يجوز له المدول عنه ، ولكن المقابل لا يلتزم بعهده . وقد يصل فى القوة إلى المرتبة العليا فى المرحلة الثالثة ، فيلتزم المقابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالبيع وبالشراء ملزماً للطالبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودرى وسينيا فقرة ٥٧) .

(٢) وكان بوتيه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب ، فى القانون الفرنسى القديم ، إلى أن الاتفاق على الثمن ليس لازماً لصفة الوعد ، ويتولى الخبراء تقديره فى البيع النهائى . ولكن هذا رأى غير معمول به فى القانون الفرنسى الحديث (بودرى وسينيا فقرة ٦٨) .

(٣) وكما إذا كان العقد الموعود به لا يجرى تنفيذه بند فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المقررة ، وكان فى عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالبيع ، لأن المدة =



البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء : فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أى بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب للدفع فوراً ، ويكون حق المشتري في الثمن وحق البائع في نقاضى فوائد عن الثمن ومصرفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الملاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع خاضعة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التى قررها القانون في هذا الشأن .

ولما كان عقد البيع عقداً رضائياً كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائى لا يشترط لانقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا الملم نكن في حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع (٢).

== هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضى بذلك ( الوسيط فقرة ١٣٤ ص ٢٥٢ ) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - بوجوب تحديد المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضى تحديد المدة المدة المقولة ( بودوى وسينيا فقرة ٧٠ - ) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى أنه في حاله ظهور رغبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفى هذه الحالة إذا أظهر كموعد له رغبته في الشراء ، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التى تجرم العقد التامى . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع التامى شكل ، وذلك لأن الشكل هنا لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان ( أنظر الوسيط الفقرة ١٣٥ ص ٢٥٢ هامش رقم ٢ ) . وإذا امتنع الواعد عن إبرام الورقة الرسمية لإبرام العقد التامى ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يؤيد ذلك ما جاء في المادة ١٠٢ مدنى من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود ==

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فإن شروط البيع - لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتمتبر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً . وتعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً ، فإنه لا يصدر منه رضاه بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجيء . أما أهلية الموعود له فتمتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التغير - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طريقه . أما عيوب الإرادة فتمتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاه في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكنى أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

= إبراهيم هو في الأصل وبمك القانون عقداً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يدرغ في الشكل الرسمي ، فالحكم في هذه الحالة لا يقدم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض (الربيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكل لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يجز بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً ، لأن الشروط اللازمة تمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في شركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون المباحث محل الوعد - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لا ارتكابه جريمة (الاستاذ عبد الحليم البدراني فقرة ٩٣) . لكن إذا وعد شخص ببيع مئتين سيرة ، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن زورت الرعاة العين ، فإن هذا يكون جائزاً

### ٢٩ - الاستاء التي ترتب على الرد بالبيع المزمع لجانب واحد :

إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، وجب في بيان الآثار التي ترتب عليه التغير بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء المدة المحددة دون ظهورها .

### ٣٠ - الاستاء التي قد ترتب قبل ظهور الرغبة: قدمنا أن الوعد بالبيع

عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire) ، وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في الشراء في المدة المحددة (١) . ونرى من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة - أى قبل ظهور رغبته - حق شخصى لا حق عيى ، فلا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران :

( الأمر الأول ) أن الواعد بالبيع يبق مالكاً للشيء الذى وعد ببيعه . فله أن يتصرف فيه ، وله أن يؤجوه وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع النهائى (٢) . ويسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له . فإذا كان الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل البيع الأول ، فإن تصرف الواعد يسرى في حق الموعود له . أما إذا كان الشيء الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، سرى التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

---

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هي إرادة الماتق لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محموة بطرف لا تجعل الأمر يتعلق بمسئولية الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعمل القيام بالتزاماته الأخرى ( بلاتينول وريبير وحامل ١٠ بقرة ١٧٦ ص ٢٠٢ ) .

(٢) بلاتينول وريبير وحامل ١٠ بقرة ١٧٨ .

بتعويض على الواعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له ، بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله مع مراعاة القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكا للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاءً وقدرًا ، تحمل الواعد ثبئة هلاكه (٢) ، لا لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

---

(١) وهنا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البرولسية ، بأن أثبت قواعد الواعد مع المتصرف له على الإضرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٧٩) . وغنى عن البيان أنه لو تصرف المتصرف له سببه التنية لمتصرف له ثان وكان هذا حسن التنية ، لم يملك الموعود له الظن في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن التنية ، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البرولسية (بلانيول وريبير وعامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جيل الشرقاوي إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سببه التنية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تملكه ، فالحكم بالتمويض هو الجزاء الوحيد الجائز للتطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التمويض فيقوم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جيل الشرقاوي فقرة ٢٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدراني في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشتري بأنه كان سببه التنية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض من الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض من نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلاً عينياً محل الشيء الموعود ببيعه : يجب التفتة الفرنسي بالذي ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وعامل ص ١٧٨) ، ولكن القضاء الفرنسي يقول بالحلل النهائي (نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ سيده ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٠١ ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .  
وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته (١) .

### ٣١ - الآثار التي تترتب بمرور الرغبة أو بعد انقضاء المدة

رويه ظهورها : وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :  
(١) إما أن يظهر الموعد له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما  
أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعد له في الشراء صراحة أو ضمناً ،  
بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف  
الموعد له في الشيء الموعد ببيع أو إيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته  
في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف فيه على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة  
الموعد له في شراء الشيء الموعد به ، فإن البيع النهائي يتم بمجرد ظهور هذه

---

= أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعد له رغبته في شرائه ، فلواعد أن  
يلزمه بكل الثمن ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس  
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم  
البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الحلال وساجد زكي فقرة ٩٠ ) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز  
بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للشفعة السامة ، لأن نوع ملكية البيع يجري  
عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبحكم الزوم النقل لا ينسب منه الواعد بالبيع  
( نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠ )

هذا وإلى جانب الأمرين الذين قدمناهما - استبقاء الواعد للملكية وتحمله تبعه المالك - يجوز  
أيضاً للموعد له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق  
( بودري وسينيا فقرة ٦٩ - بلانيرول وريبير وهابل ١٠ فقرة ١٧٨ - لوبرير ورو ٥ فقرة ٣١٩  
ص ٧ ) . وإذا مزعت ملكية الدين الموعد ببيعهما للشفعة السامة ، كان التصرف في الواعد  
لا للموعد . والموعد له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي ،  
كأنه من عدم الدار الموعد ببيعها . والموعد له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد  
فيرفع دعوى المساواة ويقطع التقادم ، وله أن يطلب تعيين حارس على الدين المبيعة إذا شرع  
الواعد في حياها ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦ ) .

( الوسيط - ص ٥٠ )

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (١) . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة يعد إيجاباً من جانب الموعد له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بموجب الوعد الصادر منه (٢) . فيتم البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح فيها إذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً متقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٧٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - بودى وسينيا فقرة ٧٥ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعد له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يمتد به (أوبرى ورو ه فقرة ٣٤٩ ص ٦) . وإذا ارتفعت قيمة الشيء عما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعد له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة راجعاً إلى زيادة في المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعد له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٩ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥٩ ص ٧٠ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٢ - الأستاذ محمد حني لمعيسى فقرة ١٩٧) . ويكون للموعد له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٧٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) فقبول الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالبيع ، فقد التزم بمثل هو إبرام البيع النهائي ، أي قبول الرغبة التي يظهرها الموعد له في الشراء ، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام هنا التزم بمثل نسح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت للشرط اللازمة تمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أهم هو المادة ٢١٠ مدني ، إذ تقول : « في الالتزام بمثل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٦ ص ٨٩ . وانظر في الفقه الفرنسي أوبرى ورو ه فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودى وسينيا فقرة ٦٦ - بلاكول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع يماً مطلقاً على شرط ، إذ أن الموعد له لم يرتبط وقت الوعد أن يشتري ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر وجوبي (بلاكول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو التزام بمثل كما قلنا ، إلى تعويض ، إذ هو التزام قابل للتنفيذ =

معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فإن البيع التناهي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترياً ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود يبيعه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع ( الواعد ) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل . فإن هو امتنع من ذلك أو نازع في أن العقد التناهي قد تم جاز للمشتري ( الموعود له ) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومتى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١) .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحل الواعد من وعده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستمر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

---

= العيني عن طريق صدور حكم قضائي ( بودى وسينيا فقرة ٦٤ - فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ - جوسران ٣ فقرة ١٠٧٣ ) .

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بتوقيع البيع بتحويل الموعود له من سرر الشيء من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الاعتراف بالتزامه ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ ) . (١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - ملوفاً في محضر يحصل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ ) .

(٢) وذلك دون حاجة لأن يطر الواعد الموعود له ( نقض مئني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٢٤ ) .

الموعد له عدم رغبته في الشراء يكون بمثابة زول منه عن حقه الذي استسلمه من الوعد (١).

٣٢- الوهر بالتفضيل : وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هي الوعد بالتفضيل (pacte de préférence). وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعد له رغبته في شراؤه، وإنما يلتزم ، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعد له تفضيلاً له على غيره ، فإن قبل الموعد له شراؤه تم البيع. فالذي يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعد له. فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين : أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعد له شراؤه (٢). ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعد له معلقاً

(١) وقد ينفع الموعد له الواعد عربوناً يحسره إذا لم يبد رغبته في الشراء ، فإذا لم يبد هذه الرغبة حسر العربون وتحلل الواعد من وعده ، ولا يجوز للموعد له أن يحتج بعدم إعداده وبأنه كان مستعداً للنفق باقى الثمن (استئناف مخطط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٢٨٨) . هذا وقد عالج قنطين الموجبات والقيود الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في نصوص متصلة . فنصت المادة ٤٩٣ من هذا القانون على : أن الوعد بالبيع قد يقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراؤه في الحال . ومن طبيعة هذا العقد أنه متبادل . وهو لا يولد موجبات على الموعد ، بل يلتزم الواعد بوجه بات ، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعد . ونصت المادة ٤٩٤ على أن : مقابيل العقد تنتقل إلى ورثة المتعاقدين بما توجه لهم أو طبعهم . ونصت المادة ٤٩٥ على أنه : إذا تفرغ الواعد لشخص عن شيء منقول بالرغم مما التزمه ، فهو يملك المتفرغ له ذلك الشيء ، لكنه يستهدف لأداء هذا السطو والضرر إلى الشخص الموعد لعدم قيامه بالواجب الذي التزمه . ونصت المادة ٤٩٦ على أنه : عند ما يصرح الشخص الموعد بزمه على الشراء ، يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول وجبى ، ويتم انتقال الملكية في يوم القبول . على أنه يرجع في تعيين مقدار العين إلى اليوم الذي وعد فيه البائع . ونصت المادة ٤٩٨ على : أن الوعد بالبيع فيما يخص بالأموال غير المنقولة خاضع للقوانين التجارية المرعية الإجراء .

(٢) ومن الأخطاء السليمة الوعد بالتفضيل أن يكون لشخص دار في مدينة يتوقع أن يرحل عنها ، فيحصل منه شخص آخر على وعد بأنه إذا أراد بيع الدار عند رحله فليد أنه يعرضها على الموعد له ، حتى إذا قبل هذا شراؤها تم البيع النهائي . أما إذا حصل صاحب الدار من جهة



حل شرط أن يريد بيعه ، ولا يقال إن هذا شرط لإرادى محض من جانب المدين ، فإن إرادة الواعد بيع الشيء ليست إرادة محضة ، بل هى متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته فى ذلك ، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً لإرادياً محضاً (١) .

وينتقد الوعد بالتفضيل على النحو الذى يتقصد به الوعد بالبيع الملتزم

= الشخص الآخر على وعد بالشراء ، فإن هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة من وجهين : ( أولاً ) فى حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون فيها ملزماً بعرض الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها . ( ثانياً ) فى حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت عليه الدار ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك .

وهناك أمثلة عملية أخرى للوعد بالتفضيل : يحصل المستأجر من المؤجر على وعد بتفضيله إذا أراد هذا بيع العين المؤجرة - يحصل مشتري المتار من البائع على وعد بتفضيله فى عقار آخر يملكه البائع إذا أراد هذا بيعه - يبيع شخص عينا من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد هذا أن يبيع العين وجب عليه أن يعرضها على بائنها ؛ ولول ، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع (promesse de revente) - أنظر بودرى وسينيا فترة ٧١ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٨٤ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٥٥ .

(١) بودرى وسينيا فترة ٧١ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٨٤ - وينهب الأستاذ عبد المنعم البدرائى - مشيراً إلى رسالة Leduc ص ٢٣٥ - إلى أن الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقة وعد بالبيع فى طريق التكوين تعين فيه من الآن المستفيد الاحتمال ، وهذا المستفيد لم يكسب من الوعد حقاً فى الشراء ولو مطلقاً على شرط ، ولكنه كسب حقاً ينحوله منع الواعد من التصاعد مع الغير . وهو يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الواعد بيع الشيء ، فمتدافه يصبح المستفيد فى مركز الدائى بوعد بالبيع . ومنى نشأ هذا الحق فى الشراء فهو لا ينشأ إلا من هذا الوقت ويكون أثر رجعى ، على عكس ما كان يجب أن يترب منطقياً على اعتبار الوعد بالتفضيل وعداً بالبيع مطلقاً على شرط واقف ( الأستاذ عبد المنعم البدرائى فترة ١٠٣ - فترة ١٠٤ ) .

ويستخلص من هذا رأى أن التزام الواعد بالتفضيل ليس التزاماً مطلقاً على شرط واقف ، بل هو التزام احتمالى يتحقق إذا رغب الواعد فى بيع الشيء . ومن ثم يوجب الالتزام كاملاً من وقت الرغبة فى البيع لا من وقت صدور الوعد ، والبدرة فى توافر الأهلية عند الواعد هى بوقت وجود الرغبة فى البيع لا بوقت صدور الوعد . وهاتان التفتيجان يمكن استخلاصهما ، كما ترى ، من أن التزام الواعد هو التزام احتمالى لا التزام مطلق على شرط واقف . فلا حاجة بهد ذلك إلى القول ، كما يقول الأستاذ عبد المنعم البدرائى ، بأن الالتزام الناشئ من الوعد بالتفضيل ليس التزاماً يسبب له التزاماً باستناع من عمل .

لجانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به ، واثنى الذى يباع به والمدة التى يجب فى خلالها أن يمرض الواحد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلنا فى انعقاد الوعد بالبيع وفى صحته يقال هنا .

والأثر الذى يترتب على الوعد بالتفضيل ، فى المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعته ، هو نشوء التزام شخصى فى ذمة الواحد بأن يمرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصى يترتب عليه كفا فى الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواحد مالكا لشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زُعت ملكيته تحمل الواحد تبعة ذلك دون أن يلزم بضمان للموعود له .

والأثر الذى يترتب ، فى المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواحد بيع الشيء فى المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، تم البيع الناقض فى المقول وفى المقار على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع . وإذا رفض الموعود له شراؤه ،

---

(١) ويمكن وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المصلدان لا اثنى ولا المدة ، فيقتصر الواحد على أن يلتزم بأنه فى أى وقت يلتزم ببيع الشيء يمرضه أولاً على الموعود له ليشتره بائناً الذى يمكن به بيعه لغير (بودى وسينيا فترة ٧١ مكررة) . انظر فى عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد النعم البدرارى فترة ١٠٣ ، وعلى العكس من ذلك فى أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فترة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٤٧ .

ويطلب فى الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له التزول من صفته لأن شخصه على اعتباره عند الوعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز التزول من صفته ( بلانويل وريبير وحامل ١٠ فترة ١٨٤ ص ٢١٨ ) . وإذا مات الواحد انتقل التزامه إلى ورثته ، فإذا كانت الورثة تصرفاً قامت صعوبة فى تحديد اثنى إذ الغالب أن مال الفاعل يباع بالمزاد العلنى ، فإذا وضع شرط التفضيل فى دفتر الشروط أصبح الناس من المزايدة ( انظر فى أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا فى البيع بالمزايدة ولا يجوز فى البيع بالمزاد أوبرى دور ٥ فترة ٣١٩ هامش رقم ١٣ مكرر ٩ ) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له فقد تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتصرفه على الواحد . فإذا كان الواحد متراضياً مع من تصرف له فى الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن فى التصرف بالنسبة إلى الواسية ، كان التصرف غير نافذ فى حق الموعود له ( بودى وسينيا فترة ٧١ - قارن بلانويل وريبير وحامل ١٠ فترة ١٨٥ ) .

ولكن إذا تصرف الواحد فى الشيء بغير البيع ، بأن وجهه أو قابض عليه أو دفعه حصه فى شركة ، لم يكن للموعود له حق فى أخذه ، بل ولا فى التصرف ، إذ التزام الواحد مقصور على حالة التصرف بالبيع ( بودى وسينيا فترة ٧٢ ) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يرد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الواعد من التزامه ، فإن الوعد بالتفضيل يسقط ، وتحلل الواعد من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

### ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة عملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا يبت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أهل ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، ويخشى إن يبت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعبء هذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلزم بأن يزيد . فإذا رسا المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه ، لم يلزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

---

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، ضمن معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد وألزمه بوعده . ولكن الواعد هنا يلزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أعلن بوعده ولم يشتد الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمسرة التي فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المنقضى عليه ، فرسا المزاد بثمن أقل ، ألزم بالفارق على سبيل التمييز لأنه يكون قد أدخل بوعده (١) .

### ٣٤ - كيف ينقضي الوعد بالشراء الملتزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً تطبق المادة ١٠١ مدني التي سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لانعقاد الوعد بالشراء الانساق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذي يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء .

(١) بودري وسبينا فقرة ٧٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المزروع ملكيته انتفاء لخطر المجازفة ، وسياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المنفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها . فإن اتفق بطلان هذا الاتفاق خالفته لنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المنفق عليه يكون على غير أساس . فذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايعين عن محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثن زائد على الثمن المسمى بما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة لفرود بأن المصاغة مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما ( نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٥٧ ) . ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المنفق عليه فإن المتعهد بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمال وهذا هو السبب القانوني .

ونقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتبويض إذا أدخل بالالتزامه ( ١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩ ) . وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول في مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين ، يتفق وعده إذا أجل هذا المزاد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الأرض لتزجراً يلزمه إلى مدة محقولة ، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبدى رغبته في البيع إلى حد أن يتقاضى من المستأجر أجرة تفادى ثمن الأرض ( ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩ ) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨ .

وكل ما قلناه في خصوص وضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تتوافر هذه الأهلية ، وهيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المخل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

### ٣٥ - الحكام التي تترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذى يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعود له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتى :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد ، وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لتغير الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشراؤه .

ثانياً - وبدیهى أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هنا في حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجوز التصرف فيصبح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعود له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجب ماله للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

---

(١) وليس الالتزام هنا ملحقاً بل شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع ( انظر آنفاً فقرة ٢٩ في المباحث ) .

(٢) وقد غصت تقنين الموجبات والنفود الجنائي الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٩٩٧ من هذا القانون ، وتجري على الوجه الآتي : « إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التسهيل للتقنين » .

فيصح التصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له في بيع الشيء . وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك يتغير حينما يصبح البائع مالكا للشيء الذي باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاء وقدرأ هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هنا تبعه الهلاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكه . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء انزع ملكيته ، يتحمل الموعود له تبعته (١) .

### ٣٦ - الوعد الذي ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة

أو بعد انقضاء المدة موده ظهورها : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة ، وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

في الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، في البيع في خلال المدة المحددة ، تم البيع التام بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع التام قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد ، فإذا نازع هنا في تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في البيع في المدة المحددة ، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففي جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع (٢) .

---

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته في البيع ، كان الواعد بالشراء غيراً بين أن يشتري مع إنقاص الثمن أو أن يمتنع عن الشراء ، بتاتا لتفريق الصلقة (الأسقاط أو سلطان فترة ٨١) .

(٢) ويمكن أن ننصّر في الوعد بالشراء وعداً بالتفصيل كما في الردع بالبيع . ويستحق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسلة معينة يسعدها مع

## ج - الوعد بالبيع والشراء

### ٣٧ - التمييز بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

البيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواعد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد عقدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء ونما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

---

= بالأمثلة على سواه . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يرضى على تاجر الجملة شراءاً منه أولاً ، فإن قبل هذا فتوريد السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعود له ولم يلتزم بشيء ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يرض تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة من توفيق يكون عادة هو الربح الذي كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبه بذلك أن يتعهد المؤلف لنشر أن يكون الناشر الأفضلية في نشر مؤلفه ، أو في نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المنطق عليها ، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون للمؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه ، أن يرضى التزام النشر على الناشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

وعلى ذلك أيضاً أن يتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما من أن يلزم من أثاث أو طعام من

تاجر معين بالأمثلة على غيره .

- (١) نظرية العقد المؤلف من ٢٦٣ هامش ١ - الاستناد أنور سلطان ققرة ٨٢ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى ققرة ٨٧ - ص ١٣١ - الأستاذ جيل لثرت اوى ققرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

### ٣٨- الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد : نفرض أن صاحب

الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار فيتخذ الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد بيع الدار إياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفي هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملزم وحده بهذا الوعد على النحو الذي قدمناه في الوعد بالبيع . أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملزم بهذا الوعد . في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع والشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع والشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذلك بالبيع ، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أمره الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدوا هذا الوضع ، وإنما أرادوا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه في الوضع الذي نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائي أصلاً ، ويكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند



الطرف الأول لبيع الدار ، ألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر وغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، ألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر وغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الفرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الفرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين ، كما سئرى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه . فالوعد بالبيع ينتقد على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انتقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له إذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعود له وغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعود له مشترياً للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء ينتقد أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انتقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر صاحب الدار وغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر وغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

### ٣٩ - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع

في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر ، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١) . فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين ، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد . وهنا لابد أن يتم البيع ، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢) ، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا .

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً ؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة ، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام ، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي . فقد يريد المشتري ، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء ، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها ، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي ، وإلا طلب الفسخ (٣) . وقد يريد المشتري ، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه ، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، حتى إذا ما دربه أبرم البيع النهائي . وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك ، ولكن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد ، وذلك إلى أن تم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي .

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام ، ترتب عليه كل

(١) ولو غشنا ( استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠ ) .

(٢) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥ .

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة القار في مصلحة النهر العقاري ، كما يسهل إلى تحقيق خسنت ملكية البائع ليبيح حتى يتبين من أنه مالك لما يبيع ( استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٧١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٦ ) .

الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلابيعاً ابتدائياً كما قدمنا . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التفتين الملئى الفرنسى ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢) . وقد اختلف الفقهاء في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، واتفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣) . وإذا كان التفتين الملئى الفرنسى قد عنى بابرار هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسى القديم (٤) .

---

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التناقد ( استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ ) .

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسى للنص: *Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.*

(٣) لوران ٢٤ فقرة ٢١ - جيوار ١ فقرة ٧٧ - لارومبيير ١ م ١١٣٨ فقرة ١١ - كولييه دي سانتيير ٧ فقرة ١٠ مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٩ هاش رثم ٧ - بودرى وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٧٥ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٤ . أنظر حكى ذلك: تولىيه ٩ فقرة ٩٢ - ترولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ فقرة ٥ - فقرة ٦ .

وانظر بلانيول ( فقرة ١٤٠٠ ) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسى إنما تنه الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى للمشتري بذلك ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسى القديم كان لا ينتقل الملكية بحكم العقد كما قدمنا ، والبيع هو الذى كان يتلقاها . ثم ألفت الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم والتسليم الملزم لجانب واحد ، فنشغل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالفعل ، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم العسوى . هذا كله كان يقع في عقد البيع . أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فزعم البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم العسوى إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينتقل =

## ثانياً - البيع الابتدائي

٤ - صور تطور البيع التجاري : قدمنا (١) أنه يمكن أن تتصور

مرحلة ابتدائية في البيع في إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم في صورة نهائية ، في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائي هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائي هو عقد البيع الملزم الذي أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائي ولا خصائص البيع النهائي . فالمشروع الذي ساهم الطرفان بالبيع الابتدائي غير ملزم لأحدهما قدامنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائي . ومن ثم يحسن عدم التعرف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائي ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائي يجعله هو نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ماشاءا ، بل لهما أن يعدلا منه بتاتاً ولا يبرما البيع .

== الملكية ، لا ينضم لأن العقد كان لا ينقل الملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصوري لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجه في هذه الصورة من البيع . قلنا أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه في التقنين المدل الفرنسي ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالعقد في الجانبين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسي أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان حل البيع والتمتع ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري ، خلافاً لقانون الفرنسي القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك ( أنظر في ذلك وفي الأعمال التفسيرية للتعنين المدل الفرنسي بودرى وسينيا فقرة ٦٥ ) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه . في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وهنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

(١) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فحصلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والمقد الابتدائي شيئاً واحداً ( الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٩ ) . ولم نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لعدمنا في السبل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق علماً فلا يمكن تحقيق صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

(٢) أما البيع الذي اشترط إيجاع ثمنه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فينبأ ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع معلق على شرط واقف ( قارن استئناف محظوظ ١٩ مارس سنة ١٩١٣ ٢٥٤ ص ٢٣٥ ) .

(٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري للبحث عن حالة العقار المبيع ، أو التثبت من سمات ملكية البائع ، أو تدبير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل ( أنظر أيضاً فقرة ٣٩ ) .

للملزم لجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .  
فنفق إذن عند هذه الصورة الأخيرة لتفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » فائما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - البيع الابتدائي في صورة العملية الصحيحة : قلنا إن الطرفين يعتقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عريضة أو في ورقة رسمية (٢) . فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي : إذا كان البيع الابتدائي يعتقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يتقيد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التضرر والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

---

(١) أنظر استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ١ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .  
(٢) ويطلب أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن الجانبين قصدوا بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً بائناً متيناً لجميع آثاره .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أعطى بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراخ في تحررها الأوسع التي تتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اجبار البيع بائناً لازماً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل المسدول ( نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢ ) .  
(٤) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بسميتهما المقديمياً ابتداءً ، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالتأمين - فيما عدا ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يمرر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع ولا يريعه حتى هذا الوقت. ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه (١) .

ويتربط على ما قدمناه نتيجتان عمليتان هامتان :

( الأولى ) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار يبيعاً ابتداءً ، وكان لهذا المقار شفع ، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

( والثانية ) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣)

---

(١) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائي في ميعاد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بمثل (obligation de faire) لا التزاماً باعطاء (obligation de donner) . فلذا امتنع أحدهما عن إبرام البيع النهائي ، استصدر الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ( أنظر بيان ١١ فقرة ٣٢ ) . ومقتضى هذا التنكيف أنه لا تجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التنكيف الذي نقول في المتن هو المتفق مع القضاء المصري .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧-٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩-١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجد المشتري المقار المبيع متقلاً عن عيب لم ترد إشارة إليه في البيع الابتدائي ، فيحق للمشتري في هذه الحالة الاستناع عن إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري أن يتمتع عن تحرير المقعد النهائي وعن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع متقل محقوق عينية لم يحظره بها البائع ( ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ) . وقضت أيضاً بأن المشتري فسخ البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية ( ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢ ) .

من القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

### ٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدما أن

كلا من الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . ومما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي :

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدما (٤) .

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

(٢) وقد قصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والمقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر المطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غرض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث جديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط ( استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ ) فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التحديد ، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المنزل أيضاً من مراعاة العقد الابتدائي ( نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢ ) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت البيع الابتدائي ( قارب بلاتيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ ) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فتقدير ما إذا كان البيع يزيد على الخمس ( م ٢/٤٢٥ مدني ) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .



٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي ، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه (١) . فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالثمن بموجب الورقة الرسمية التي حورت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قلنا بالرجمي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد آجر العين التي اشتراها ، بقي ملتزماً بهذا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد نواتجة لمادة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين ( نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ . ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي ) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف مختلط ١٨ ماي سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا خلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الوارد في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط ( نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢ ) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري إذا كان معجلاً ، بل وله أن يمتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقض الثمن في مجلس العقد . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريجه ، وهذا ما لم يكن هناك معاد آخر متفق عليه لتسليم ولا بمتفق الرابع ، أو ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغيره .

الإيجار حتى بعد إبدال البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع ، بقي أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

هـ - ويبدو أن الشفعيع إذا فاتته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي مواعيد هذا البيع . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد نفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفعيع إذا كان قد نزل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بثمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد نزل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بثمن أقل .

### ثالثاً - البيع بالعربون

#### ٤٤ - الصورة العملية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق

على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، خسر العربون الذي دفعه للبائع ، وسقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله .

#### ٤٥ - أعلام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التعاقد بالعربون

بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن ١ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في المدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ - فإذا عدل من دفع العربون قتده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على المدول أى ضرر (١) . ونقول :

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ في الهامش .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (١) .

والذى يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبايع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دالتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما فى المدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبث فيه عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق المدول عن البيع .

ولم يكن الترتيب المدنى السابق يشتمل على نص يقبل إحدى هاتين الدالتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصرى يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجارى . والعرف فى مصر يجعل دلالة العربون فى البيع الابتدائى جواز المدول ، وفى البيع التام التأكيد والبث (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتبايعين إلى الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يحمل حقه مبرماً بينهما على وجه هائى ، وقد يريدان أن يحمل لكل منهما الحق فى انشاء العقد أو نقضه . ولية المتبايعين هى وحدها التى يجب التمويل عليها فى إعطاء العربون حكمه الثانوى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انقضت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التحويل الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ السبب من تقصير أحد المتبايعين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتبايعين هل هذا النحو تفسيراً للعقد تحمله عباراته ، فذلك يدخل فى صلاحها التقديرية التى لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز المدول ، وفى العقد التامى دليل على البث ( ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٢ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٣٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ بمجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ بمجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٧ - ١٣٦) . وهناك أحكام تقضى بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز المدول (استئناف مصر ٣٠

ثم جاء التفتين المدنى الجديد بالنص الذى قدمناه - م ١٠٣ مدنى - يقيم  
قرينة قانونية تقبل إثبات العكس . وتنفض هذه القرينة بأن الأصل فى دفع  
العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة  
أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبده فى تنفيذ العقد . وقد قدمنا  
أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائى ، أما عند  
توقيع البيع النهائى فالذى يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان  
مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فتقتصر على الصورة العملية  
التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائى .  
فاذا لم يتبين من العقد الابتدائى ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ،  
فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

---

== ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠  
المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مخطط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ -  
٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ ) ، وأحكام تقضى على العكس من ذلك بأن العربون فى حالة  
الشك يكون دليلاً على البتات ويكون بمثابة شرط جزائى ( استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢  
المحاماة ، رقم ١٢٢/٣ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢ )  
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز  
العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين ( ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو  
سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ،  
لم يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت  
التنفيذ . ولا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبائع الذى أظهر نيته فى أن يفضى فى العقد  
دون استعمال حقه فى العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على  
إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع  
تعويضاً لإساءة استعمال حقه فى العدول ( ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق  
الإشارة إليه ) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الحيار  
فى الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز التماضى فى ذلك الحق إلى أجل غير محدود ،  
فإن كان المتعاقدان قد حدداً ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية  
الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقط حقهما فى النقص . فإن لم يكن ثمة ميعاد فيقوم  
بحيار النقص ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع المبيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع  
أقسماً من الثمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق  
أو إبداء رغبته فى نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبين التعاقداً مطلقاً إلى أجل غير مسمى  
( ٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المحبوسة الرسمية ٥٠ رقم ١١٤ ) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه . في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر ، حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قلنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه الفريضة القانونية التي استحدثها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد بين البيع الابتدائي دلالة العربون . فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذي قدمناه . وإذا بينها على أنها لبت والتأكيد ، لم يجوز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (٢) .

(١) وهذا عل أن يكون رجوعه في المدة المتفق عليها إذا حدثت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكده العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحد مدة الرجوع ، فلمشتري الرجوع في أى وقت إلى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا ( استئناف مخطط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٥ ص ١٣٩ ) . عل أن المشتري ، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته في إضفاء العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك ، وكان مسئولاً عن تعويض فوق خسارته العربون ( استئناف مخطط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم ) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يحس استكمالاً . وتجرى على العقد الذي أبرم المتواعده العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد ، ترتب على الفسخ تعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسيمة الضرر ( الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤ ) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا

وقد يبين البيع الابتدائي أن العربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجعل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي ، وإما في الاقتصر على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده ، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصر على استرداد العربون ومقدار مثله .

#### ٤٦ - التكييف القانوني للعربونه : قدما أنه إذا كانت دلالة العربون

جواز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، ما لم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع .

---

== المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويمنع كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لطرف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء منه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الهامش ) . ويذهب إلى أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأ من المتبايعين كليهما لو باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أول بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه ( يردوى وصيفيا فقرة ٨٣ ) .

فيمكن تكليفه بأنه الجدل في التزام بدل . ويكون المدين - بأنما كان أو مشترباً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا ذمته من الالتزام - ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى المربون (١) . ويترب على ذلك أن المربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان المربون مقترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البذل المخفض . إذ الواحد - وهو الذي دفع المربون - يلتزم بإبرام العقد النهائي إذ ظهرت رغبة الآخر في إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك المربون وهذا هو البذل ( قارن سينا فقره ٨٨ ) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الفتون في نظرية العقد في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية فقره ٢٦ ص ٣٣ ، وهو يتفق معنا في هذا الرأي . ويترض الأستاذ سليمان مرقس على تكليف المربون بأنه التزام بدل بأن « الالتزامات التي ينتجها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها عمله الخاص ، ويجوز للبائع في البيع بالمربون أن يبرا منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحمل عليها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة المربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بدلياً » ( البيع فقره ٤٢ ص ٦٢ ) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون الحل الأصيل في الالتزام البذل محالاً متعددة ، بينما يكون البذل محالاً واحداً .

(٢) وفي الفقه الفرنسي يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالمربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيفسر المربون ( كولييه دي سانتيير ٧ فقره ١١ مكررة تاسعاً وعاشراً - جيوار ١ فقره ٢٣ ) . ويذهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين في البيع ، ومن ثم يفت انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي ، وتكون تبعه هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشتري ( بودري وسينا فقره ٨٠ - كولان وكابيتان ٢ فقره ٨٣٨ - جوسران ٢ فقره ١٠٩٨ - وقارن بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقره ٢٠٩ ص ٢٤٦ ) . وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع المربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصري الأستاذ أنور سلطان فقره ٩٠ - الأستاذ جلال المنيم

الهداوي فقره ١٠٦ ص ١٦٠

وانظر في أن البيع بالمربون يتضمن اتفاقين متبذين ، أولها الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثاني اتفاق على تعيين زمن لاستهلاك الحق في المبيع يلتزم بمقتضاه من يستهلك هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة المربون ويستبر هذا الاتفاق الأخير باتاً الأستاذ سليمان مرقس فقره ٤٢ ص ٦٣ .

ويختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي . فان الشرط الجزائي تقويض ، اتفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالمقد . ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ، وهذا كله بخلاف العربون (١) كما سبق القول . فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو

(١) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن المتعاقدين قصدوا به أن يكون البيع بيعاً باتاً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصدوا أن يكون بيعاً يعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري ، سواء أكان لبايع أم لدائنيه المسجلين على العقار المبيع ، إنما هو من الثمن المنفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ ، وأن المتعاقدين أكدوا نيتهما هذه بتصرفاتهما التالية للمقد ، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ ( نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠ ) .

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبايع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقد المشتري كفدية يتحمل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البايع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به البايع كتمويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحاق ضرر بالبايع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن ، دون أن تحدد دفاع المشتري ومزاده أن عقوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب غش في المنزل المبيع سلم له به البايع ، وبسببه اتفق وزياه على التفاسخ وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يثير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه كان لزاماً على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين ، وإذ هي لم تفعل يكون حكمها قد شاب فصور يبطله ويستوجب نقضه ( نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥ ) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انقضى به البيع باتاً ، أو أنه عربون في بيع مصحوب بنهار الدول ، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب مألوفة ( نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٩٩ ) .

ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة =



نفس التكييف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً حقيقياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١) .

## المطلب الثاني

### التبايع بطريق النيابة

#### ٤٧ - جواز التبايع بطريق النيابة ونطيس القواعد العامة :

يجوز التبايع بطريق النيابة ، فيباشر البيع نائب عن اللبايع ، أو يباشر الشراء نائب عن المشتري ، أو يباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من اللبايع والمشتري . فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد ، وهى القواعد التى سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل إرادة النائب عن اللبايع أو عن المشتري محل لإرادة الأصل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أى انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن محل لإرادة النائب محل لإرادة الأصل ، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

---

= التى تبيع المشتري استرداده وتلك التى تبيع اللبايع الاحتفاظ به ، كما حدد فى المقدم موعده الوقت . يباقي الممن وشروط استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوى خيار العلول هو تكييف سليم . ولا يعيب الحكم عدم تعرضه لقبارة التى غنم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ المفعول » ، ما دامت هذه القبارة لا تنفى أكثر من نفاذ العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشتري في العلول من العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التى حددتها الطرفان لانتهاء خيار العلول ( نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨ ) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٣ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . (٢) بيع النائب لنفسه .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكّل فيه ، ولا تكن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إنما تكن في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني) . وقد نصت المادة ٧٠٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المدين والمرافعة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين عمل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ولعرف الجارى .

ويخلص من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أي توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل في البيع أو في الشراء ، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة من زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

## ١٥ - التبایع عن طریق ولی أو وصی أو قیم أو وکیل عن النائب أو حارس قضائی

٤٨ - المصادر التشريعية: النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قدمنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولی والوصی والقیم والوكیل عن النائب ، والثاني يحدد مدى ولاية الحارس القضائي .

فالمصدر التشريعي الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن النائب . وقد كانت هذه النصوص قبلاً يمتثلها قانون المحاليس الحسنية الصادر في سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسنية الصادر في سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريعي الثاني هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه يمتثلها التقنين المدني في المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولی ، ثم مدى ولاية الوصى والقیم والوكیل عن النائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائي ، في البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف في المدى عن الولاية التي للطائفتين الأخريين .

٤٩ - ولاية الولی في البيع والشراء: الولی هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر أو في عمله التجاري أو في أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثائة جنيه ، إلا بأذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة في هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . وقضت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثائة جنيه ، إلا باذن المحكمة وتحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر في المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها ، ولو زادت قيمتها على ثلثائة جنيه ، بدون إذن المحكمة . ومخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال ، أى في المنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما المجد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً ، إلا باذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

---

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المتبعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه من كان الحكم إذ قضى ببطون فقد بيع الأيمان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩١٧ قد أقام قضاءه على قوله : « ... فالتأثير من أنوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان قاصد الرأى سبيء التدبير ويبيع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهي بالنسبة للمقار لا تكون إلا بصفحة قيمته ، فإن باعه بأقل من النصف لم يجز هذا البيع » ، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه لقانونه ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

ولا يجوز الولي ، أباً كان أو جدّاً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوج أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة ) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال ) . فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه ، أما الجدل فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال ) .

#### ٥٠ - ولاية الوصي والفيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وبمعاً كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال ) . وتسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال ) (٢) .

على أن هناك ضرورياً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

---

(١) وحيث لا يجوز للتصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إبرامه ، وإلا فإنه يسقط ( الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شين الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢ ) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة ( نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢ ) . وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا تصححه الإجازة ( ٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣ - ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧ ) . وينهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتهاء النيابة ( أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢ ) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال نظام العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاستجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة نائبه جهود الولاية .

أن يباشرها الوصى والوكيل عن النائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كييع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته ( م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني ) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه ( م ٧٣٢ مدني ) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس ( م ٧٣٣ مدني ) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن ( م ٧٣٥ مدني ) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كييع الحاصلات وشراء ما يلزم لزراعة فتجاوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

## ٢٥ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - القاعرة العامة : رأيتا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الماددة ١٠٨ مدني تنص على أنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة . ويتبين من هذا النص

أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً ، كما لا يجوز للنائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذى هو نائب عنه .

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين . والتعارض ، فى حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً ، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين . وهو ، فى حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها . فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل فى كلتا الحالتين .

### ٥٣ - تطبيقات خاصة فى بيع النائب لنفسه - النصوص القانونية :

وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام فى عقد البيع ، تحت عنوان بيع النائب لنفسه ، فى المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدنى (١) .

فنصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما ينط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع علم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للسامرة ولا لغيره أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسماهم أم باسم مستعار » . ونصت المادة ٤٨١ مدنى على أنه « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » (٢) .

---

(١) هذا ما ورد فى قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد فى عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصى والقيم والوكيل عن النائب فى مال الصغير لنفسه ، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة بغير التصرف ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ( أنظر آنفاً فقرة ٤٩ و فقرة ٥٠ ) ، وسنعود إليه فيما يلى ( أنظر فقرة ٥٤ )

(٢) تاريخ النصوص :

٤٧٩ : ورد هذا النص فى المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز بيع فى الأحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد المشتري الصفقة باسمه أو باسم »

## ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٥/٢٥٨ (١).

== مستعار : (١) إذا كان المشتري وصياً أو نائباً عن غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه . (ب) إذا كان المشتري وكيلًا بالبيع ، واشترى المال الموكل ببيعه . (ج) إذا كان المشتري متوطاً به إدارة عين أو كان متوطاً حاصلاً ، واشترى المال الموهود إليه في بيعة أو المال الذي يجب أن يتم بيعة على يده . (د) إذا كان المشتري متديكراً أو حارساً مصفياً ، واشترى مال التفليس أو مال المدين المسر . (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو لوكالة ، واشترى المال الذي يصفيه . كل هذا ما لم يصدر إذن من القضاء في البيع ، وكل هذا دون إدخال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت : « مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القوانين الخاصة » . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٦ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين أخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها بلجته تحت رقم ٤٧٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥ ) .

م ٤٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع النهائي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧ ) . م ٤٨١ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

١ - « على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، أن يميز القند من ثم البيع لحسابه ، إذا توافرت وقت الإجازة الأهلية الواجبة . ٢ - فإذا رفض إجازة القند ، وباع المال من جديد ، عمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون . قد نقص من قيمة المبيع » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ و ص ٢٣١ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٥/٢٥٨ : لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالوصياء

والأولياء ، ولا الوكلاء المفادين من موكلهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم ببيعه بالصفات المذكورة . فإذا حصل الشراء منهم ، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتي : « زيد (في التقنين الجديد) على النواب السابقة والخبراء في الأموال الموهود زيارتهم في بيعة أو تقدير قيمتها ، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت من التقنين التونسي م ٥٦٩ - نص المشرع مراعاة على أن البيع منقول ولو كان بالمراد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً ، وعلى الحالة الثانية يرواه أمراً أكثر »



ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المواد ٤٤٧ - ٤٤٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي  
التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والمقود  
الليثاني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (١) .

= الورق - أجاز المشروع تصحيح البيع . لا بإجازة من تم البيع لحسابه نحسب ، بل كذلك  
بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالوصى يستأذن المجلس الحسبي ( مجموعة الأعمال التحضيرية :  
ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ ) .

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ ( مطابقة  
المواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري ) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩ .

التقنين المدني الليبي ٤٦٨ م - ٤٧٠ ( مطابقة المواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٨٨ : ١ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده  
وله أن يشتري ماله ولده نفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٢ - وللد  
كالأب في الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنسوب أو القيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع ماله نفسه للمحجور ،  
ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور حلقاً ، سواء أكان في ذلك خير للمحجور أم لا .  
م ٥٩٠ : ١ - لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ماله نفسه لليتيم ،  
ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة .  
٢ - والمليحة هي أن يبيع اليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ،  
على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة .

م ٥٩١ : لا يجوز لقاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري ماله للمحجور نفسه .

م ٥٩٢ : ١ - ليس الوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس للمدعى الشركات  
ومن في حكمهم ولا الموثقين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها عليهم .  
وليس لوكلاء التفليس ولا الحراس المصنفين أن يشتروا أموال التفليس ولا أموال المدعى المعسر .  
وليس لصنى الشركات والشركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها ، وليس للمدارة  
ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المهددة إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها . وليس لواحد من هؤلاء  
أن يشتري ، ولو بطريق المزاد العلني ، لا بنفسه ولا باسم مستعار ، ما هو محظور عليه شراؤه .  
٢ - عل أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم  
البيع لحسابه ، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة . أما إذا لم يجزه ويبيع المال من  
جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع =

٥٤ - **الخصائص التي لا يجوز لهم التمتع** : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من يتوب عنه باعتباره بائعاً ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والنابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق ، وهذه هي الوكالة . فن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوج أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصلة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخرأً من النائب . ويكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ولا محتب على تقديره في ذلك من محكة التقص ، ويجوز

= ( وأحكام التقنين العراقي تقرب في مجموعها من أحكام التقنين المصري ، فيما هذا أن التقنين العراقي نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الول والوصى والقاضي ما لم يسمجور وشراهم مال المحجور ، وفيما هذا أن التقنين العراقي في المادة ٥٩٢ أنافى في تعداد الوكلاء ومن لم صفة النيابة عن الغير على النحو الذي كان عليه للمشروع التمهيدى لتقنين المصري — أنظر الأستاذ حسن الفنون في البيع في القانون العراقي فقرة ٣٤٠ — فقرة ٣٥٣ ، وفي أن الجزء على المنع في القانون العراقي أن يكون المقدم موقوفاً فقرة ٣٥٣ ) .

**تقنين الموجبات والقود البناني م ٣٧٨** : إن الأشخاص المشار إليهم فيما لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعدين ولو كان الشراء بالمزاينة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً . أولاً — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها . ثانياً — لا يجوز لتول الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثاً — لا يجوز للمأمودين الرعيين شراء الأموال المهدود إليهم في بيعها . رابعاً — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا الوصى أو القيم أو المشرف القضائي أو الول الموقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلهم أو يشرعون عليهم .

م ٣٧٩ : لا يجوز للسياسة ولا للغيراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والمقوق والقبول التي عهد إليهم في بيعها أو تخييرها ، ولا أن يقاضيوا بها أو يرهنوها .

م ٣٨١ : إن زوجات المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يمتون لشخصاً مستعدين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

( وأحكام التقنين البناني تنطق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ) .

لإثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١). وقد وضع تقنين الموجبات والمقود اللبناني قريبة قانونية على الاسم المستعار ، فقتضى فى المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدلون أشخاصاً مستعارين ، فتصبح هذه القرينة من مسائل القانون فى هذا التقنين . والشراء محظور على النائب كما قدمنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو فى المزااد العلنى . فلو وكل شخص فى بيع مال للنير بالمزااد العلنى ، فانه لا يجوز له أن يدخل مزاييداً لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحة الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (٢) .

(١) أنظر فى كون النائب اشترى بادم مستعار يعتبر من مسائل الواقع لا من مسائل للقانون أورى دورو هـ فقرة ٣٥١ هامش ١٧ - بودى وسينا فقرة ٢٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٨ .

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها فى عهد التقنين للمنف السابق ، نعمس التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح . انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ عبد الحميد أبو هيف فى طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦ ، وفى عدم جواز ذلك جرمولان فقرة ٥٨ - دى هلتنس ؛ لفظ Vente فقرة ٥٦ - الأستاذين أحد قحة وعبد الفتاح السيد فى التنفيذ فقرة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلى عيسى فقرة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٣٨ . وأنصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقتضون البيع بالمزااد الجبرى دون المزااد الاختيارى ، فى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع ، وهو بيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين . وكان يوجد اتفاق على أن الرضى يجوز له أن يدخل مزاييداً فى شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك ، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها حيناً ، فله أن يزايده ، وإذا رسا عليه المزااد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القصة كاشفة ، وكأن يكون الرضى دائئاً مرتباً ، فله أن يدخل مزاييداً فى بيع عقار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد ( بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كرولان وكايتيان ٢ ص ٨٧ - الأستاذ محمد حلى عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٢٧ ) .

ويبدو أن النائب فى البيع إذا باع العقار المنوط به بيه لم يجوز له ، إذا كان شفيهاً فى هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة . فإن الشفع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشتري ، ولجواز أن يتعامل مع المشتري فى شروط البيع حتى يشفع فى العقار بنفس الشروط . يضاف إلى ذلك ، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلاً ، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنه منه من حقه فى أخذ العقار بالشفعة . وقد كان هذا هو الرأى المعمول به فى التقنين فى عهد التقنين للمنف السابق ( دى هلتنس ؛ لفظ Vente فقرة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٢٥ فى الهامش ) .

ويلحق بالوكيل من نيطة به إدارة عين واشترى المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده ، ومن عين مصفياً لشركة أو لشركة واشترى المال الذي يصفيه (١) .  
وقد تأتى النيابة في بيع مال الغير عن الطريق نص في القانون ، وذلك كالولى ، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في المزااد العلنى ، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين ، إلا إذا كان القانون يرخص في ذلك . وقد قلنا أنه يجوز للولى شراء عقار الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٢) .

وقد تأتى النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصى والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والخارس القضاى ، كل هؤلاء يتوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية . والموظف العام قد يتوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشتري المال للمهود إليه في بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في مزااد علنى . وقد قلنا أن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم باذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجورهم (٣) .

كذلك لا يجوز للسمسار ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري هذا المال لنفسه (٤) . ذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصيح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون عنده توكيل ، فعند ذلك لا يكتفى رضاؤه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً . ومثل السمسار الخبير الذى يعهد إليه في تقويم شيء ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يخض تقويم الشيء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٥) . والخبير كالسمسار ، إما أن

---

(١) أنظر المشروع التمهيدى المادة ٤٧٩ مدنى (أنفاً فقرة ٥٣ فى الماشر) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) وكذلك من عهد إليه في بيع قطن وجعل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن لنفسه (استئناف مخطوط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٨٧) .

(٥) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ .

يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ، وإما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك . والسماح والتخبر ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني ، سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار (١) .

٥٥ - **الجزء على المنع من الشراء** : وليس الأشخاص الذين قلنا ذكرهم ممنوعين من الشراء لتقص في أهليتهم ، فنقص الأهلية شيء ، والمنع من الشراء شيء آخر . وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة كما قلنا .

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن هناك رأياً يلحظ إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال الموهود إليه في بيعه - قابل للإبطال لمصلحة الأصل ، ولذلك ترد عليه الإجازة . وقد أعطت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي بهذا الرأي ، إذ جاء فيها : « ولغلبة العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصل . . . . ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٣) » . وجاء في نفس المذكرة الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « وأجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعدة تعارض المصلحة - لا بإجازة من ثم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل حصوله كالوصي يستأذن المجلس الحسبي (٤) » .

---

(١) وتنص المادة ٦٦٧ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز للمدين ، ولا لقضاء الدين نظراً بأي وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو المسائل المنفردة منها ، ولا للمدين التوكلاء من مباشر الإجراءات أو المدين ، وأن يتفقوا المزايمة بأنفسهم أو بطريق تسخير خبير » ، ولا كان البيع باطلاً .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ - وهذا هو أيضاً ما يلحظ إليه الفقيه الفرنسي بوجه مام (أوبري ودو ، فقرة ٣٥١ ص ٢٤ - بوردو وسينيا فقرة ٢٥٠ وقرة ٢٥٤ - بلافيل وريبيرو وهامل ٦٠ فقرة ٥٨) .

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد تجاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا (١) . ويترتب على هذا التكييف النتائج الآتية :

(١) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - والفتحة في مصر قريب من هذا الرأي . فيذهب الأستاذ أنور سلطان ( فقرة ٤٥٧ ) إلى أن جزاء المنع من الشراء يجب أن يتلصق في القواعد الخاصة بالنابة ، لا القواعد الخاصة بالبطان ، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنابة أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته . ولكنه يقول به ذلك : « فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما ، وعالقت النائب هذا المنع ، فيجوز أنه قد تمسك خارج نطاق نيابته ، ولذا لا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أقره » ( ص ١٢٤ ) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنابة القانونية والنابة القضائية . أما في النابة الاتفاقية ، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النابة ، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى . ولم يدخل فيه أن يشتري النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجازة النائب لحدود النابة ، فالمنع في النابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل لا على نص المشرع .

وانظر في هذا المنع الذي يذهب إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٣ . ويذهب الأستاذ سليمان موسى ( فقرة ١٣٧ ) إلى أن النائب يجوز حدود النابة في أنه لم يبيع بأهل ثم ممكن . أنظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوي في نظرية بطان التصرف فقرة ٨٩ ، وفي عقد البيع فقرة ١٦ . وفي رأينا أن النائب يجوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه ، أي إذا كان ضمن الذي اشترى به .

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى منصور ( فقرة ١٣٤ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤ ) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجوز حدود النابة إذا اشترى لنفسه ، فلا بد من إجازة الأصل . ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون صفياً موقوفاً ، على قرار العقد الموقوف في الفتحة الأولى ، وإجازة الأصل تجعله ينفذ . وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الفتحة الأولى ، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويقضي الأمر إقرار الموكل ، قلنا في الجزء الأول من الوسيط ( فقرة ٨٩ ص ١٩٨ ) حاشي رقم ٢ ) : « فلو كان النائب وكيلًا وجوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلًا بإرادته المنفردة فيما يجوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل به ذلك . ويكون مصدر النابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجوز حدود الوكالة . والنابة هنا ليست متعززة ، بل هي ملزمة على شرط موقف هو أن يستعمل القرار من الموكل . وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفتحة الأولى هي أكثر ملاءمة لتكييف

١ - أن الأصل إذا أدخل في حساب جواز أن يشتري النائب المال لنفسه ، فأذن له في ذلك قبل الشراء ، جاز شراؤه ، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة ، ( انظر المادة ١٠٨ مئتي ) .

٢- وإذا لم يأذن الأصل مقلداً في الشراء ، فله أن يجزئ الشراء ببعده ،  
إذا الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ ملق  
إذا تنص على أنه : يصبح القدر في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين  
إذا أجازته من ثم البيع لحمايه .

٣ - وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يجوز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولي عندما يشتري متقول الصغير لنفسه ، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن النائب عندما يشتري مال المحجور (١) .

الوضع الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالنا عن طريق الاجتهاد في الفقه المصري . وقد منح المشرع المصري إدخالنا في أم تطبيق من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال ، وكان الأول أن يكون عقداً موقوفاً - وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير ( أنظر ما يلي فقرة ١٦٤ ) .

الكلام في بيع ملك الغير (القرن ١٩٤٤) .  
(١) وقد قلنا أن الفقه في فرنسا ، وفي مصر من عهد التتقين المدني السابق ، يلحظ إلى أن الوصي شراء مال القاصر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال ، وكانت القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصي شريكاً في الشيوع مع القاصر أو دائناً مرتباً له ، ويثبت العين بالمزاد العلني لعدم إمكان تسفها عيناً أو التفضيل على العين المرهونة (أنظر آنفاً) .  
فقرة ٥٤ في الماحش . وأنظر أوبري و دو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٣١ - ص ٣٢ - بوهري وسينيا  
فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانوي وريبر وهامل ١٥ فقرة ٥٤ - بلانوي وريبر ٢ فقرة ٥٤  
- كولان وكابيتان ٢ (٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب  
الحلال وحامد زك فقرة ٢٤٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المحظية في عهد التتقين المدني  
السابق بأن تحرم شراء النائب لشيء الذي يثبت به بيعه لا يبرى في البيوع القضائية إذ هي محرمة  
بالقوانين الكائنة (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ ص ٥٩٢) . أما في عهد التتقين المدني الجديد  
حيث ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلني ، فيقول أنه  
لا يجوز الوصي شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشتري في مزاد علني ، من  
غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ - الأستاذ عبد التتم البدرولي فقرة ١٢٢ -  
الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠) .

والى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى عندما تقول فى عبارتها الأخيرة : « ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاختلال بما يكون متصوفاً عليه فى قوانين أخرى » ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه فى هذا الصدد (١) .

## المبحث الثانى

### شروط الصحة

٥٦ - الأهلية وعيوب الإرادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، ننقل إلى شروط صحته . وشروط صحة البيع هى شروط صحة أى عقد : توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة . فتتكمّل إذن فى : (١) الأهلية فى عقد البيع (٢) وعيوب الرضا فى عقد البيع .

### المطلب الأول

#### الأهلية فى عقد البيع

٥٧ - مميزات الأهلية مما يلمس بها من النظم : قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تلتبس بغيرها من النظم ، وكثيراً ما تختلط بها . فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها .

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لاتصلح إلا عن تمييز ، فمن كان كاملاً التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

(١) ويستثنى أيضاً ما تنفص به قواعد التجارة ( أنظر المادة ١٠٨ مدنى ) ، وذلك كما هو الوكيل بالمسولة . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالمسولة أن يتعاقده مع نفسه ( ينقض مدنى ٢٨ يوتيه سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧ ) .  
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٧ .



والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هي ففاذ التصرف على مال الغير ، كنفاذ تصرف الولي والوصي والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيها وقفه ، لا لنقص في أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف في ماله في حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث إذا جاوز هذه الحدود لم يسر تصرفه في حقهم . والثائب ممنوع من شراء ما وكل في بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل ، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف في حق الأصيل . وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا .

#### ٥٨ - أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري :

فالأهلية إذن هي التي ترجع إلى التمييز . وقد علمنا عند الكلام في النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أي تصرف . والدور الثاني هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهي سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهي سن الرشد . وفي هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية ، لا عديمها ولا كاملها ، فيباشر من التصرفات ما يكون ناقصاً نقضاً محضاً ، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً ، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره بأجازة الولي . والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع

والشراء ، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهى التصرفات الصادرة ضرراً محضاً ، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية .

ويخلص من ذلك أن الصبى غير المميز ليس أهلاً لا للبيع ولا للشراء ، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

أما الصبى المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة . فهو يستطيع أن يبيع ويشتري ، بشرط إجازة الولي أو الوصى أو القيم وبإذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم .

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أى بلغ سن الرشد - غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة .

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هى أهلية التصرف ، وتقتضى بلوغ سن الرشد (١) .

**٥٩ - متى يكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالاً معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر فى الإنسان أهلية البيع والشراء .**

١ - فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه : « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلل أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بمحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . والقانون

---

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصين فى أهلية البائع المشتري ، هما تطبيق محض للقواعد العامة ، وذلك أغفلها التقنين المدنى الجديد . فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على أنه : « يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية لتتبادل (capacité légale de s'obliger) . وكانت المادة ٣١٢/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية لتصرف (capacité légale d'aliéner) .

هنا هو قانون الولاية على المال . وتنفى المادة ٥٤ منه بأن للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وتنفى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وسواء أذن للقاصر من وليه أو من اخذته ، فانه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعاً وشراء ، فى صافي دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً ( م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال ) . وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغبلة إذا أذنت المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ( م ٦٧ قانون الولاية على المال ) .

٢- وتنفى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٣- وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون « القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة إلى أى إذن ، أهلاً لأهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله . فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم .

٤- وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن « القاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة مع مال لأغراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . ويخلص من هذا النص أن القاصر المتميز - أباً كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة فى هذا المال . فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكلى وملبس وغير ذلك ، ويجوز له

أن يبيع المال إذا كان غير نقد للحصول على نقد ينفق منه على نفسه . فهو كامل الأهلية في التصرف ، بيعاً وشراءً والتزاماً ، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة .

٥ - وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق . ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كان أنثى وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر باعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر . وهذا كله مالم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج ، أو في قرار لاحق لهذا الإذن .

## المطلب الثاني

### عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠ - تطبيق القواعد العامة : عيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه

في أي عقد آخر ، فعيوب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو إكراه أو استغلال . فاذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ،

---

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة نسي باحتكار البيع (vente à monopole) . فبعد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلته بيعاً باتاً ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من السلاء لحسابه . ويزجرف المنتج للتاجر السلعة ، ويؤكد له أنها رائجة كل الرواج ، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده . ثم ينسحب التاجر من السلعة ليست رائجة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئناناً إلى تأكيدات المنتج ، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة . وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلته تدليلاً يحمل البيع الصادر منه لتاجر قابلاً للإبطال ( يبدان ١١ فقرة ٢٣ - الأستاذ جيل الشرقاوي فقرة ٢٠ - وقد أشار ببدان =

كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفي الاستغلال  
يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإلتصاف وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال ،  
وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط . وللتبين أحكام خاصة في عقد  
البيع ، سنتناولها عند الكلام في الثمن .

ولا جديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب ، فيتبع فيها القواعد المقررة  
في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بعيوب الإرادة (١) كما هي مبسطة تفصيلاً

---

«في القضاء الفرنسي إلى الأحكام الآتية: محكمة السين التجارية ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٦ مجلة القانون  
الفرنسي ١٩٢٦ ص ١٥٥ - محكمة مارسيليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مارسيليا  
١٩٢٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة المافر ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ١٠١٦  
- محكمة بيزانسون ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ .

(١) ومن قضاء محكمة النقض في عيوب الرضا في البيع : نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١  
مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦ ( التذلل في السن والأمراض المستعصية من شأنها أن تجعل  
الإرادة معيبة ) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣  
( عين معينة ذكر حد فيها مكان حد آخر : غلط حاد يصحح ) - نقض مدني ١٥ مايو  
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ ( كتمان البائع عن المشتري أن المثل  
التجاري المبيع قد حكم بإغلاظه لعدم الرخصة يعتبر تدليلاً ، ولو كان المشتري يعلم بأن المثل غير  
مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة ) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة  
أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢ ( متى قفت المحكمة لأسباب سائفة في حدود سلطتها  
التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مقصد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة  
بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه ) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١  
م ١٤ ص ٥٣ ( اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجاور مسلكن يؤديان إلى الطريق العام فبين علم  
حصة ذلك : يمد غلطاً ) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ ( لا يمتد بالنظر في تعيين  
الحدود إذا كانت ذاتية الأرض ومعرفة للمشتري ) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦  
( الاكتساب في أسهم شركة لم تحصل على فرمان تخليوي دون أن يعلم المكتتبون ذلك يكون مشوباً  
بالغلط ) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ ( يمد غلطاً أن يقصد المشتري شراء ثمرة  
كاملة Lot في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من ثمرة وجزء من ثمرة أخرى ،  
ولو تساوى الشئتان في المساحة والمنفعة ) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ ( اشترى  
أرضاً قسمت في الخريط لا في الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاوز طريقاً عاماً فظهر غير ذلك : يمد  
غلطاً ) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ ( لا يمد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض  
طريقاً خاصاً وكان المشتري يظنه طريقاً عاماً ) - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ ( يمد  
غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء آخرى فإذا هو مقلد ، ولو كان المشتري ذا خبرة بالأثار ،  
الوسيط - م ٨ )

## في الجزء الأول من الوسيط .

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص ، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي ، فنتناوله هنا في شيء من التفصيل .

### ٦١ - علم المشتري بالمبيع - النصوص القانونية : تنص

المادة ٤١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
  - ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تبليس البائع (١) .
- ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣-٣١٩(٢).

== غلاتيقي في رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان الميب (البن) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا بد غلطاً) الخطأ في تعيين المخلود مادامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لا بد من بيان ريع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستطيع المشتري أن يتمسك بالغلط في قيمة المبيع لأن ريعه أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الغلط والتبليس : ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه الخاطفة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه . ٢ - إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، وحدد في دقة الجزء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٣٢ في المشروع النهائي . ووافق على مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٨ و ص ٢٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩ : يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ،

لما ينهه لو بمن وكله عنه في معانيته . م ٣١٦/٢٥٠ : إذا لم يشاهد المشتري جزءاً من

## ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٢٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي

« إلا بعض المبيع ، وتبين أنه لو وآه كله لامتنع عن شرائه ، فليس له ألا أن يحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذ تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

م ٣١٧/٢٥١ : إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعى عدم علمه بالمبيع ، إذا أثبت تدليس البائع عليه .

م ٣١٨/٢٥٢ : بيع الأشياء التي لم يداينها المشتري ولا وكيله في المايعة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتعقير حالته .

م ٣١٩/٢٥٣ : البيع للأعشى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المايعة ، أو حصلت ممانئته من عينه مستنداً عليه في ذلك .

وقد لخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ٤١٩ المتقدم ذكرها . وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى ما يأتي : « هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المصرى الحال ( السابق ) هي المخرأ ٢٤٩ - ٣١٥/٢٥٣ -

٣١٩ ، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة لقانون المدى وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً تعييناً كافياً .

فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً ، وحذفت عبارة « إما بنفسه أو بمن يركله عنه في ممانئته » من نص التقنين الحال ( السابق ) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم - المقصود به خيار الرؤية - وبين الاكتفاء بتبين الشيء . فذكر أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه ( أنظر

م ٣١٨/٢٥٢ مدنى ) . فروية المبيع يغنى عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن تمييزه عن الأشياء الأخرى . وبدعى أن هذا التبيين يختلف باختلاف الأشياء - ثم نقل المشروع

المادة ٣١٨/٢٥١ من التقنين الحال ( السابق ) ، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .

وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحال ( السابق ) لا فائدة من إيرادها ، أحدهما يقتضى بأنه « إذا لم يشاهد المشتري جزءاً إلا بعض البيع ، وتبين أنه لو وآه لامتنع عن شرائه ، فليس

له إلا أن يحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان ( م ٢١٩/١٥٠ مصرى ) .

ويقضى النص الثاني بأن البيع للأعشى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المايعة أو حصلت ممانئته من عينه مستنداً عليه في ذلك ( م ٣١٩/٢٥٣ ) . ووضح أنفى التواعد العامة من ذكر هذين الحكمين » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ - ص ١٩ ) .

## المواد ٧١٥ - ٥٢٣ وفي تفتين اللوجيات والمقود لا يوجد نص مقابل (١)

### (١) التفتينات المدنية المرئية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٣٨٧ ( مطابقة المادة ٤١٩ من التفتين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ - فقرة ٤٥ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤٠٨ ( مطابقة المادة ٤١٩ من التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥١٧ : ١ - كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . ولا لأخيار البائع فيما باعه ولم يره . ٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو لمس أو الشم أو السمع أو المذاق .

م ٥١٨ : الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري غيراً بين قبوله بالتمن المسى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تعيب النموذج أو هك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلا بد لزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، ففى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

م ٥٢٠ : ١ - إذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون غيراً . ٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعمى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشومات وذوق المنوعات .

م ٥٢١ : الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

م ٥٢٢ : من رأى شيئاً بقصد الشراء ، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له وإذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبتصرفه في البيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بماله ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية ويظهر على الصفة التي وصفت ، ويتعيب المبيع أو هلكه بعد القبض ، وبصدور ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعض وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . ٢ - والبايع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة

( والتفتين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي ، ولكنه أنام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً ينفى عن الرؤية . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القلون فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحق =



**٦٢ - القواعد العامة المتعلقة بعلم المشتري بالمبيع :** لو أن نص المادة ٤١٩ ملنى لم يوجد ، لوجب ألا يتطلب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع ذاتاً ، ولكن أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به . وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل . فإذا كان المبيع داراً مثلاً ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعييناً كافياً بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن المشتري سابق علم بالدار .

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للمبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكفي لتعيينه . على أنه يجب ألا يكون المشتري واقفاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعل المشتري الذي يدعي يقع عبء إثباته . ولكن الفقه الإسلامي ، وبخاصة المذهب الحنفي ، يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خياراً . يسميه خيار الرؤية ، يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنين المدني السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التي صبغت الإشارة إليها في تعيين المبيع وفي الغلط في صفة جوهرية فيه . ففستعرض في إيجاز خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب الأخرى ، ثم تنتقل إلى أحكام التقنين المدني المصرحة التي أريد بها التوفيق بين أحكام خيار الرؤية وبين هذه القواعد العامة .

**٦٣ - خيار الرؤية في الفقه الحنفي :** يثبت خيار الرؤية ، في المذهب الحنفي ، في عقد البيع ، ويثبت للمشتري دون البائع . فمن اشترى عيناً معينة

بين خيار الرؤية والغلط فيدفع بنك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدني العراقي على خلاف رأي الأستاذ حسن الذنون .

تقنين الموجبات والمقود البناني : لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية ، ففسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً .

بالذات ، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له خيار إذ رآها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه . أما البائع فلا خيار له ، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها . ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبائع ، فإنه له بالرغم من ذلك أن يرده إذا رآه ، لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به . واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز .

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري ، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قلنا أنه لا خيار له ، فالعقد يكون لازماً من جهته . وعدم لزوم العقد من جهة المشتري يقوم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للعرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

ويسقط خيار الرؤية : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة (٢) . فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم جاز للمشتري إضفاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قلنا . واختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقف ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإضفاء أو في الرد ،

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له . وإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار ، لأنه إذا تغير من حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه (أنظر ٥٢٢ ملف عراق آنفاً بقرة ٦١ في الماش) .

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من الملعب الحنفى - المواد ٥١٨-٥٢١ من المصنفين الملف العراقي ، وقد سبق ذكرهما (آنفاً بقرة ٦١ في الماش) .

وما دام ساكتاً فخياريه قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء متفقاً في حالة الرد . وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقليل ما يتمكن المشتري من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره ولزم المبيع (١) .

(٢) يموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم لبيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فان كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو كان لازماً يوجب حقاً للتغير كالبيع والمبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو نفقت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعبب أو افلست الرهن أو انقضت مدة الإجارة . فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذا الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فبيعت دار مجنبتها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ،

---

(١) وقد اختار القنطين المدني العراقي هذا القول ، فخص في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ على أن « يسقط خيار الرؤية .. بصور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعض وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يرد » . وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ ما يأتي : « والباقي أن يحده المشتري أجلاً مناسباً يسقط بانتفاؤه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة » ( انظر آتياً فقرة ٦١ في المباحث ) .

فاتما تسقط خيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة (١) .

#### ٦٤ - خيار الرؤية في المذهب الاخرى في الفقه الاسلامي :

والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه ، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار عن أحكام المذهب الحنفي .

ففي مذهب مالك ، إذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية ، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد ، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة . أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثوب ينحش أن يلحقه القصاد من تكرار النشر عليه ، جاز بيعها على الضفة إذا لم تكن بعيدة جداً ، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وصفت . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المذهب الحنفي في التفتين المدفئ العراق ، فنصت المادة ١/٥٢٣ من هذا التفتين على ما يأتي : « يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبصرفه في البيع قبل أن يراه ، وباقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبلة بمجالاته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتميب الشيء أو هلاكه بعد القبض ، وبصور ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » ( انظر آناً فقرة ٦١ في الماشي ) . ويلاحظ أن التفتين العراق أضاف سببين في إسقاط خيار الرؤية : وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبلة بمجالاته . وسنرى أن التفتين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوفق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع . وانظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلفه جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٨ . حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرؤية .

بالباع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشترها المشتري على هذه الأوصاف ، فإن وجدت لزم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف . وينبغي عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فإذا لم تسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجوز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف ، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط .

وفي مذهب الشافعي ، في قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصبح حتى تذكر جميع الصفات ، والثاني أنه لا يصبح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تنفرد إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعناد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرته جميع صفات المبيع . وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق ، ففي جميع الأحوال لا يصبح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شرائها ، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا (١) .

---

(١) والثاني ، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع ، ينبغي كثيراً في مجال التعامل . وهو يخرج لقوله هذا ينهي التمسك عليه السلام من بيع الفئر والفئرد موجود فيها لم يره المشتري ، وينهي عليه السلام من بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس =

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الثابتة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فيجب ، حتى يصح العقد ، إما الرؤية من المشتري والبايع جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم . فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه ، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١) .

ويستخلص مما قلناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع بغنى عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشتري عند ذلك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف في الوصف . وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي ، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية ، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى .

---

== بمحاضر مرقى المشتري . وينبغي إل أن المقصود في البيع هو المالية ومقدار المالية لا يصير مطلوباً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام الأهلية . ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراعى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية من حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع ( مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف ٤ ص ٢٩٤ ) .

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون المشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع . وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجنبه .

ونظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف جزء ٤ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والتصورات التفهيمية .

## ٦٥ - خيار الرؤية في التقنين المصري : وقد نقل التقنين

المدني الجديد ، على غرار التقنين المدني السابق ، خيار الرؤية على الفقه الإسلامي ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتي (١) .

فقد أوجب - في المادة ٤١٩ مدني وقد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً . والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معيناً كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه . والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً ، ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين .

أولاً : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه . فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً ، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يكفي إذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً ، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحلودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري ، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (٢) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفي ، تستغني من الرؤية بالوصف .

ثانياً : إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قلناه ، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته ، فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يظن في نيلج بالابطال بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت

(١) وفي القانون الفرنسي بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بمحل البعول *vente en disponible* ، وهو بيع يتسلف في مخازن البائع لم يرها المشتري ، وله الحق في قبولها أو رفضها عند رؤيتها (أنظر في هذا البيع بروني وسونيا فترة ١٨٢٢ رابعا) .

(٢) استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - استئناف مخطط أول يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٦١

أن البائع قد دلس عليه ، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأومره أنها العين المبيعة ،  
ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط (١)

وزي من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية  
إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن  
المشتري من تعرفه . فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر  
المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في القرض النادر الآتي : تكون العين المبيعة  
معبنة تعييناً نافياً للجهاالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن  
من تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ،  
ولم يكن قد سبقت له رؤيتها . ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار  
الرؤية ، على نحو لادم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ  
العامة للقانون المدني (٢) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، وافترض أن

---

(١) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ المحقوق ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف غخط  
٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٩ مدني : « وإذا  
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه  
به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الإقرار بالعالم بالمبيع هو حجة على المشتري ،  
كما قدسنا ، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في غلط في شأن وفاء المبيع بالفرض المقصود منه ،  
ومن ثم يكون البيع صحيحاً . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشتري  
« يسقط » حقه في طلب إبطال البيع ، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع ، لا لأن حقه في طلب  
إبطال البيع قد سقط ، بل لأن البيع صحيح وليست هناك دعوى لإبطال أصلاً حتى يقال عنها إنها  
قد سقطت ( أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ - الأستاذ  
مصطفى الزرقاني في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٣ ) .

(٢) فإذا ثبت ، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد  
البيع أنه عالم بالمبيع ، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ،  
لم يكن له حق الطعن في البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لحكمة النقض . وقد قضت محكمة  
التنقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي  
اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً متيناً على ما أورده  
في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة  
التنقض لتعلقه بموضوع الدعوى ( نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجوعة ص ٣  
رقم ٢٢ ص ٢٥٩ ) .



المشتري في الحالة التي نحن بصدها ، إذا رأى المبيع فلم يجده وافيًا بالفرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع . فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالفرض المقصود . فلما رآه وجده غير وافي بهذا الفرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قلنا ، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (١) . وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته ، فهو غلط مفترض ، وبكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الوصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالفرض المقصود (٢) .

(١) والذي يقطع في أن التقنين المدف قد خرج خيار الرؤية من نظرية الغلط أن المشروع انتهى للفقرة الثانية من المادة ١٩ : كانت تجري على الوجه الآتي : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعى عدم علمه بالمبيع » . وفي لجنة المراجعة حددت في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ( أنظر تاريخ نص المادة ١٩ آنفاً فقرة ٦١ في الماش ) . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أى عدم الرؤية - هو إبطال البيع ، ولا يكون الإبطال في هذه الحالة إلا لغلط .

ونظر في أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية للمشروع انتهى ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفاً ( فقرة ٦١ في الماش ) .

(٢) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به في فقهه الإجمالى مادام أنه ما عود ؟ نرى الأخذ بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية في التقنين المدنى المصرى بما يأتى : (١) برؤية المشتري العين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فإذا رأى المشتري العين وسكت بحيث يفهم من سكوته رضائه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما إذا أعلن المبيع لايين بالفرض المقصود ، فإن له أن يطعن في البيع بالإبطال للغلط ، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته العين ، كما هو الأمر في دعوى الإبطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عنه رؤيته دون تأخر ، وإلا عد راضياً به وسقط خياره . (٢) يموت المشتري قبل أن يختار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بلاك المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشتري . (٤) يتصرف المشتري في المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً الغير على العين المبيعة ، كما إذا باعها أو رهنها . أما تصرفه في المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاه ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري عن خياره وبين رضائه بالمبيع . ففي الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه في الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه ، أى أنه تبين أنه كان واقفاً في غلطه في شأن المبيع ومع ذلك نزل من دعوى الإبطال وأجاز البيع . أما في الحالة الثانية فإنه يرضاه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع في غلط أصلاً ، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية

هذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدنى فى خيار الرؤية . وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهري من حيث وفاته بالفرض المقصود ، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط . فتحور الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدنى بخيار الرؤية (١)

## المبحث الثالث

### بعض البيوع الموصوفة

#### ٦٦ - يبرم على البيع ما يبرم على سائر العقود من أوصاف :

والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، ويكون متعدد المخل بأن يكون بيعاً مع خيار التمين أو بيعاً ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون . والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢) وأجل (٣) ومن التزام تخييرى (٤) والتزام

== أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وقرة ٥٧ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٤١ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٢ - ٤٣ - وقارب الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٠ - فقرة ٨١ - وقارب الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٥ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى هاشم ص ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩ .

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولاً - أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة . بالفرض المقصود منها . ثانياً - أنه غلط يفترضه القانون ويضى المشتري من إثباته ، فيصدق المشتري بقوله دون بين .

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية . فإذا كان الشرط واقعاً ، فإن الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إليه ملكية حلقية على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية حلقية على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير ، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يبيع بالبائع على أى شخص يكون قد كسب حقاً مبنياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط . (ب) ويجب =

في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فإذا لم يتحقق الشرط و زال البيع بأثر رجعي ، ودت هذه الرسوم إلى المشتري وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع ، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي يستند إلى هذا الوقت ، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات أجري في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها . (ج) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول عنه الغير خاضعاً لهذا الشرط . (د) ولكن تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، تحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، إذ لا يكون الشرط في هذه الحالة أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدني) - ما إذا كان الشرط فاسخاً ، فالذي ينتقل إلى المشتري هو ملكية معلقة على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) يجب على المشتري تسجيل البيع في العقار حتى تنتقل إليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع . (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعي ، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري ، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعي لتحقيق الشرط الفاسخ . ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يسترد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأثير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط . وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشتري ملكية بائنة ، وسجل المشتري البيع عند ذلك ، فإنه يعتبر مالئاً من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فيدفع رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تلك التي تكون نافذة وقت التسجيل . (ج) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط فاسخ ، يجوز للبائع النزول عنه خاضعاً لهذا الشرط . (د) تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه ، إذا هلك المبيع أثناء تعليق الشرط ، تكون على المشتري ولو تحقق الشرط الفاسخ ، إذ لا يكون لتحقيقه أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدني) .

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف غنطط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفي خيار الشرط البائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae) ، فإذا لم يمدل من له الخيار من البيع في المياد الملتحق عليه أصبح البيع بائناً : استئناف غنطط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - لوهرى ورو ٥ فقرة ٣٥٢ ص ١٤٤ .

(٣) اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بفعل الملكية ، إذ الملكية لا تقترن بأجل . والذي يؤجل في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع . وقد يشترط دفع الثمن على أنساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سنوياً وأرباح هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزئه من الفوائد المستحقة (الأستاذان أحمد نجيب الغلال وحامد زكي فقرة ٥٢٩) .

(٤) فروع البيع على أشياء متعددة ، يكون خيار التبرين فيها إما للمشتري وإما للبائع

بطل (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلا تنود إليها هنا (٣).  
ولما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل . فنبتط  
ما يميزها من خصائص ، ونختار البيوع الآتية : ( ١ ) البيع بشرط التجربة  
(vente à la dégustation) ( ٢ ) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)  
( ٣ ) بيع الوفاء (vente à réméré) ( ٤ ) للبيع بالتقيط مع الاحتفاظ  
بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر البيع  
(location-vente) ( ٥ ) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec  
faculté d'élire commande)

## ١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢١ من القانون المدني

على ما يأتي :

١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ،

- 
- (١) فيقع البيع على شيء معين ، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر قتبلاً ذمته .  
(٢) أنظر في البيع بالعربون آنفاً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦ .  
(٣) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً في التأمل التجاري ، منها : ( ١ ) البيع بالفلانة  
(vente par filière) ، وهو بيع ينهي إل دفع الفروق ( استثناءات مغلطة ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م  
٣٢ ص ٣٠٦ ) . (ب) بيع المحمول في سفينة معينة (vente sur navire désigné) ،  
وتعين فيه السفينة التي تحمل المبيع ، فإذا لم يأت في السفينة المينة كان لابد من إبطار البائع لإمكان  
فسخ البيع ( استثناءات مغلطة ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦ ) ، وأنظر أيضاً في هذا  
الغريب من البيع : استثناءات مغلطة ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو  
سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م  
٣٨ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧  
ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire) ،  
( أنظر بودوي وسينيا ص ١٩٢ - ص ١٩٤ ) - (د) البيع بشئ شامل لمصروفات النقل  
والثأين (la clause coût, fret, assurance compris - Caf., Cif.) وستنود إليه  
فيما يل ( أنظر فقرة ٢٤٨ ) .

وعلّ البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري البيع وجب أن يعلن  
الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة في مدة معقولة  
يعينها البائع ، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة البيع  
اعتبر سكوته قبولا .

٢ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ،  
إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٢/٣٠٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤ بند ٣  
والمادة ٣٩١ (٣) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد  
يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل  
لفظي طفيف أصبح بهذه مطابقتاً ، وأصبحت المادة رتبتها ٢٤٤ في المشروع التمهيدى . ووافق عليه  
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ١٢١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ -  
ص ٢٧ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٤٢/٣٠٨ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على  
تمام الشرط .

( ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد ، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضياً  
واقصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف . أما التقنين الجديد  
فاعتبر أن هذا هو الأصل ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .  
ثم يبين التقنين الجديد كيف تتم التجربة ، والمدة التي تتم فيها ، وما هو حكم سكوت المشتري من  
القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تخفى من أهمية عملية : المذكرة  
الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ٢٦ ) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٩ ( مطابقة لمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر

في القانون المدني السوري الأستاذ محلق الزرقا فقرة ٥٦ - فقرة ٦٢ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٠ ( مطابقة لمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري ) .

( الوسيط - ٩٠ )

ونخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة ، فنبحث في هذا العدد المسائل الآتية : (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة ، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذي تتم فيه ، (٣) التجربة كشرط واقف ، (٤) التجربة كشرط فاسخ .

**٦٨ - كيف يعلق البيع على شرط التجربة :** يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للفرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلب ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك .

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً . ولكنه قد يكون ضمناً ، يستخلص منه طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل . فشراء ملابس ينطوى عادة على شرط ضمنى أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها ، حتى إذا كانت لا تناسبه نقض البيع (٢) . وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، فنفرض فيه التجربة شرطاً ضمناً . وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها ، فالغالب أن يشترط أن يكون البيع بشرط التجربة ، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة . وقد يستقر

---

== التفتين المدني العراقي م ٥٢٤ ( مطابقة المادة ٤٢١ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القنون فقرة ٨١ - فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ - فقرة ٢٢٤ ) .

تفتين الموجبات والمقود البناني م ٣٧٤ بند ٣ : يكون البيع : ١ - إيا . ٢ - وإيا على شرط التجربة .

م ٣٩١ : إن البيع على شرط التجربة يمد في جميع الأحوال منتهياً على شرط التعليق . ( ولا فرق بين التفتين البناني والتفتين المصري ، غير أن التفتين البناني لما جعل بيع التجربة منتهياً على شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقعياً أو شرطاً فاسخاً ، أما التفتين المصري فقد بين كما رأينا أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقعياً ) .  
(٢) برودي وسهيا فقرة ١٦٤ - بلانيزول ودهير وحامل ١٠ فقرة ٢٤٨ .

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة ، فيفهم الشرط ضمناً عن طريق العرف .

وزي من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكهربائية والأعمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك . وكل هذه الأشياء منقول ، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة .

#### ٦٩ - كيف تكون التجربة والوقت الذي قيم فيه : إذا كان البيع

بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه (١) . وليس من الضروري أن تكون التجربة بحضور من البائع ، فيجوز أن يجرب المشتري المبيع للاستيثاق من صلاحته بعيداً عن البائع .

والتجربة يقصد بها أحد أمرين :

١ - إما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه ، كأن يكون آلة ميكانيكية لمحرث أو للدراسة ، فيجربها المشتري ومتى تبين أنها تصلح للمحرث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح . فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه ، ففي وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف

---

(١) والمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حيز عليه دائن البائع ، وحتى لو أنفس البائع يهد البيع وقبل التسليم . ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإنه يحقن الشرط ورضا المشتري بالمبيع يهد تجربته يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أي من وقت سائق على المحجر والإفلاس ، ومن باب أول لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ ( بلاهول ) وروبير وعامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكاينجن ٢ فقرة ٨٣٧ ) .

حسمه الخبراء . وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خطوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح يكون متطوياً عادة على حيب غني يحمله غير صالح . ٢ - وإما للإستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ، فإذا اشترى ملابس أو فرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة ، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع في ذاته بل بعلامته للمشتري . فقد تكون الملابس أو الفرس أو المنزل صالحة في ذاتها ، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يجد في الفرس صفات خاصة كان يطلبها أو لم يرتح للسكنى في المنزل ، فله عند ذلك أن يرفض المبيع ، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء . وقد عرضت المذكورة الإيضاحية للمشروع التهيدى لهذا الأمر الثاني إذ تقول : « ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلزام البائع بتسكين المشتري من تجربة المبيع ، والمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده الذى يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جارى المشروع في ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥) والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة ) وتقنين اللزومات السويسرى (م ٢٢٣) والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع أن يقرر ذلك (١) . وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكورة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنع من أن يضغاً على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشيء صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك حسم الخلاف أهل الخبرة (٢) . فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فان قصداً

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٦

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودوى وسيفيا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران ٢٤ فقرة ١٤٨ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ . وأنظر في الفقه المصرى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص ٥٢ - ٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١ ص ٥١ - الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ١٢ ص ١٦٧ وعامش رقم ٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٤٩ ص ٨٥ - الأستاذ جاس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقى) وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٥ - الأستاذ جميل الشرتاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٩٢ (في الفقه السورى) . الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقى) .



من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان لخبراء القول الخامس ، وإن قصدا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك في قصدهما ، فالمفروض - نظراً لعبارة النص ولا جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الخامس في صلاحية المبيع .

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجرى بها المشتري بنفسه في العادة ، لا سيما إذا كان القصد منها الاستئناس من مناسبة المبيع لحاجته . ولكن قد يستعين فيها برأى صديق أو رأى خبير ، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية (١) .

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يظن فيه المشتري نتيجة التجربة (٢) . فإذا لم يحددا وقتاً لذلك ، جاز للبائع أن يقوم بتحديد مدة معقولة ، وللقضاء حق الرقابة عليه في ذلك (٣) .

فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض يبعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض (٤) .

---

(١) وإذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته ( نسييه فقرة ١٧١ - رولون ١ فقرة ١١٢ - جيهوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ - الأستاذ محمد كامل عرس فقرة ٨٤ ص ١٥٧ ) .

(٢) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجنبي لا يده فيه ، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار ، إما أن يجعل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع : وإما أن يفسخ البيع فيحتل من التزاماته . والمشتري أن يمنح البائع من الفسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته ( أنظر في هذا المعنى في القانون السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٠ ص ٩٣ ) .

(٣) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن يفاه ساكناً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع ( استئناف مخطط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٢٩ ) .

(٤) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة رفض المشتري للشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع ، فإن أمكن تخریج هذا الاتفاق على أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر من الشيء الآخر على وجه التحديد أو قبل مثلاً فإن من الشيء الآخر يعلن فمن الشيء ٣٣

أما إذا انقضت المدة ، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع (١) ، فإن سكوته يعد قبولاً . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جملة المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتائجها مستجيلاً ، فيعتبر الشرط إذا كان واقعاً أنه تحقق ، وإذا كان فاسخاً أنه لم يتحقق ، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط (٢) .

٧٠ - التجربة شرط واقف : بقى أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ . تجيب الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقعاً ، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً ، أو كان هناك شك فيما قصدوا إليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقعاً .

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالِكاً تحت شرط واقف (٣) ، ويبقى البائع مالِكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه . والشرط الذي يعتبر واقعاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه

---

= المرفوض - ألزم المشتري بالشراء . أما إذا لم يذكر المثل ، لم يتم الوعد بالشراء ، ولم يلزم المشتري منه رفضه للمبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه ( بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠ ) .

(١) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتسكن المشتري من التجربة لسبب أجني لا يد له فيه ( أنظر نفس الفقرة في الهامش ) .

(٢) جبرار ٢ فقرة ٤٥ - بودري وسينيا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٢ - وفارنر وأوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ - وانظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٦ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ( الدائرة الجنائية ) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل التوديعة ، فإذا تصرف فيه بعد خالفاً للأمانة ، وذلك لأن ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع ( نفس جمالي ٢٥ لوليد سب ١٩٤٠ الحامدة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩ ) .

أو الميعاد المفقول الذى حدده البائع على التفصيل الذى قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (١) ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بانه بأثر رجعى ، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بأثر رجعى أيضاً ، فاستندت زوالها إلى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التى ترتبت من جهة المشتري . ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع ، وإعلانه هذا الرفض للبائع فى الميعاد . ومتى تخلف الشرط ، زال البيع بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بأثر رجعى ملكية المشتري التى كانت معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه منذ البداية . وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت من جهة المشتري . أما إذا سكنت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع ، وتجري الأحكام التى قدمناها فى حالة تحقق الشرط . ونقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه : إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولاً .

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقعاً ، كما هو الأصل ، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع . ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط إذا تحقق ويتعذر أن يتحقق فى هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم

---

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى متوقف على إرادة المشتري ، إذ المشتري ، هو الذى ينقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة البائع ، أما الشرط الإرادى المحض الذى يظل العقد فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . أما التزام المشتري بطلب المثل ، فإنه إذا انقضى بارادته المحضة التى فى مقابل ذلك حقه فى انتقال الملكية إليه . هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول بالحكم عند النزاع للبراءة ( انظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧ ) .

يكن لتحقيقه أثر رجعي ، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري ، فهناك على البائع (١) .

**٧١ - التجربة شرط فاسخ :** على أنه يجوز المتبايعين أن يتفقا على أن تكون التجربة شرطاً فاسخاً . ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً ، أو ضمناً يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد . فعند ذلك ينفلد البيع منذ البداية ، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف . والشرط هنا يصبح عدم قبول المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرافض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة إلى المشتري ، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع . فإذا تحقق الشرط ، بأن أعلن المشتري البائع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعي ، واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وزول الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة البائع . أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكنت المشتري

---

(١) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون على المشتري بعد التسليم ، فإن ذلك إنما يكون في البيع المنجز ، أما والبيع معلق على شرط واقف فالهلاك يكون على البائع ( الوسيط جزء ٣ ص ٧٣ هامش رقم ١ - الأستاذ عبد الحى حجازي ١ ص ١٨٠ - وقانون الأستاذ مصطفي الزرقا في عقد البيع في القانون المدني السوري ص ٩٠ - ص ٩٢ ) .

أما في القانون المدني العراقي ، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان ، فإن يد المشتري في بيع التجربة هي يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع قبل أن يتحقق الشرط ( انظر في هذا المعنى الأستاذ عباس حسن الصفرا في فقرة ٢٢٤ ) . ويؤيده ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء في القانون العراقي يكون على القابض ، وليس المشتري بشرط التجربة بأدنى حالا في أن تكون ثبوت الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل إن المشتري بشرط التجربة ، وقد انفسد البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف ، أول بتحمل ثبوت الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينقل له بيع ولم تنتقل إليه ملكية . وقد ورد نص صريح في التفتين المدني العراقي يحمل ثبوت الهلاك على القابض على سوم الشراء ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٨٠ هـ من هذا التفتين على أن « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية أمين إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له فمن ، كان أمانة في يده ، فلا ضمان إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصيره منه » .

عن القبول أو الرفض - فإن البيع يصبح باتاً ، ويعتبر المشتري مالِكاً للمبيع ملكية باتة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعي . وتبقى الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التي ترتبت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشتري لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحقيقه أثر رجعي ( م ٢/٢٧٠ مدني ) .

## ٢٥ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٢ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعيها الاتفاق أو العرف ،

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسطاً ، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة . وقد نصت المادة ٤٥٥ مدني في صدد هذه الصورة الأخيرة على ما يأتي : « إذا ضمن البائع صلاحية المبيع لفعل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعل المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه في الضمان - كل هذا ما لم يثبت على غيره » . في هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحية العمل مدة معينة ، فإذا ظهر المبيع غير صالح للعمل - والمحكم في ذلك للتبوء - كان على المشتري أن يخطر البائع بما في المبيع من خلل في مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان في مدة ستة شهور من هذا الإخطار . فيختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة ، إذ هو لا ينطوي على شرط فاسط إذا تحقق انفساخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتراضي أو بالتراضي . وسنعود إلى هذا البيع عند التسليم في ضمان المهور الخفية ( انظر مايل فقرة ٢٨٠ ) .

ولا يتخذ البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان (١) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به  
دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني  
السوري المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١١ - وفي التقنين المدني  
العراق المادة ٥٢٥ - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤  
بند ٤ والمادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع انتهى على وجه يقارب  
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً لفظياً فأصبح مطابقاً  
لتقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ،  
لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩ ) .  
(٢) اختلف الفقه المصري ، في عهد التقنين السابق ، في بيع المذاق لانعدام النص . فذهب  
فريق إلى أن المشتري حق المذاق في كل الأشياء التي اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها ، وفقاً لعرف  
وتقليماً عادة ٢١١/٢٤٥ مدني سابق ( جرائد لولان فقرة ١٩٥ ) . وذهب فريق ثان إلى أن  
بيع المذاق انفسج حكمة في أحكام العلم بالمبيع ، لأن العلم بالمبيع طناً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق  
( الأستاذ محمد حلي عيسى فقرة ١٠٦٧ ) . وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق انفسج في بيع  
التجربة المنصوص عليه في التقنين السابق ( الأستاذان أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٥٢٧ ) .  
والرأيان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما ، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انقضاء البيع أما شرط  
المذاق فيحول دون انقضائه ، ولأن بيع التجربة ينقذ معلقاً على شرط وبيع المذاق لا ينقذ قبل  
المذاق . والرأي الأول هو الرأي الذي اختاره التقنين المدني الجديد ، وقتته في المادة ٤٢٢ سالفه  
الذكر ، فنصت هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدني السابق ويسرى حكمها حتى على العقد : التي  
أبرمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد ( انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ - ٦١ -  
ص ٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١  
ص ٨٨ ) .

### (٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٠ ( مطابقة لمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري - انظر  
في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤١١ ( مطابقة لمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٢٥ ( مطابقة لمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري ) .  
( انظر في القانون العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ  
حسن الخفون فقرة ٨٩ - فقرة ٩٤ ويرى أن غياله الفروية كان يخفى من بيع المذاق ) .

**٧٣ - كيف يعلو البيع على شرط المزاج :** يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله . وهذا الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملازمات : ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فن المبيعات مالا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنيذ ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس . فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادوا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق ، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملازمات . فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجارى المألوف ، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصى دخل في الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذى يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، ولإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بأرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم . وكذلك إذا تم البيع على موجب هيئة ، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذى يبعه وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

**==** تتبعين للمرجبات والعمود البنائ م ٣٧٤ بند ٤ : يكون البيع : (١) ٤.٠٠٠) ولما حل شرط المذاق .

م ٣٩٢ : إن البيع على شرط المذاق لا يمد تامة بإيجاب المشتري لم يقبل المبيع - (وأحكام التتبعين البنائ متفقة مع أحكام التتبعين المصرى) .

(١) لوبرى ورد ٥ - فقرة ٢٤٩ ص ١٢ - بوردى ومنها فقرة ١٦٥ - الاستاذان أحمد نجيبه الحلال وحلاد زك فقرة ٥٢٦ .

## ٧٤ - كيف يتم المزايا - الزمان والمكان اللذان يتم فيها :

يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمني ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن عرف ، فالمذاق يتقدم تسلّم المشتري المبيع من البائع ، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلّم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه ورضاه به وقبولاً له بعد مذاقه .

والذي يلحق المبيع هو المشتري شخصياً (١) ، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو في رفضه حسب ذوقه (٢) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري ، أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري . وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ، وهو الذي يقر - لا الخبراء - أي صنف يلائم عمله (٣) . وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مذاق المبيع (٤) .

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي ، وهذا فرق آخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٥) . ولكن قبول المبيع قد يكون

- 
- (١) وقد يستأنس بلوق أجنسي وهذا نادر ( بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٠٤ ) .  
 (٢) وإذا رفض المشتري المبيع ، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه شيئاً آخر يلائم ذوقه الشخصي . أما إذا كان المشتري قد نزل من شرط المذاق ، ورضى أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين ، فإن البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فإذا لم يكن الشيء من الصنف الشرط استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف الشرط أو اشتراءه على حسابه ( أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ - هامش رقم ١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٥٢٥ ص ٥٣١ - هامش رقم ٥ ) .  
 (٣) بودري وسينيا فقرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل حرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ - ص ١٦١ وفلورن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦ .  
 (٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ .  
 (٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم الهداوى فقرة ١١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩ .



صرحاً وقد يكون ضمناً . ويستخلص القبول ضمناً ، كما قلنا ، من تسليم البيع ، لو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على المبيع ، فهذا وذاك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاته (١) .

٧٥ - التكييف القانوني للبيع بالقرن : والبيع بالمذاق ليس بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة . ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعاً أصلاً ، بل هو مجرد وعد بالبيع . وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته (٢) . فإذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقد قبل البيع . ويتخذ البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة (٣) . ومن ثم رأينا للمادة ٤٢٢ مدني نقول : « كان للمشتري أن يقبل البيع » . أما في البيع بالتجربة ، فنقول المادة ٤٢١ مدني : « يجوز للمشتري أن يقبل المبيع » . وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما . فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله . وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً ، بل وعداً بالبيع ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ،

(١) بودي وسبنا نقرة ١٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى نقرة ٨٥ ص ١٦١ .

(٢) ولكنه قد ألزم أن يذوق الشيء ، وهو بعد ذلك حر في رفضه (بلاهيوك وريور وعامل ١٠

نقرة ٣٠٣ ص ٢٧٨ هامش رقم ٢) .

(٣) وفي هذا نقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لأن في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف فالاثبات حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر مطلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري لقبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري ، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد : أنظر في هذا المعنى التفتين الفرنسي ١٥٨٧ والتفتين الإيطالي م ١٤٥٢ والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتفتين البيناني م ٣٩٢ - هل أن هناك من التفتينات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً مطلقاً على شرط واقف : أنظر التفتين الألباني م ١٤٥٣ والتفتين البرتغالي م ١٥٥١ والتفتين الهولندي م ١٤٩٩ والتفتين الأرجنتيني م ١٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨) .

أما الفتنة في فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبايع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشتري ملزم . هو أيضاً بمذاق الشيء ( بلاهيوك وريور وعامل ١٠ نقرة ٣٠٣

ص ٢٧٨ - جوسران ٢ نقرة ١٠٦٤ ) .

وزرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أى بقبوله  
لوعده وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع  
لا تنتقل إليه إلا من وقت هذا القبول . ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

(١) إذا كان دائن للبائع قد وقع حجراً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع ،  
كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز  
على المشتري لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة . (٢) إذا أغلس البائع  
قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبل المشتري البيع ، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون  
سائر الدائنين ، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل الإفلاس  
فيستأثر بالمبيع . (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) .

## ٧٦ - الفروق بين بيع المزاد وبيع التجربة : والآن نستطيع أن

نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتي :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملامعة الشيء  
للقول المشتري ، ولا يمكنه أن يقصده به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ،  
فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون  
عادة بعد التسليم .

٣ - لا يمكن سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله  
لبيع ، ويمكن السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع .

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فيعبر كامل معلق إما على  
شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٥ - إذا وقع دائن البائع حجراً على المبيع قبل قبول المشتري ، ففى بيع  
المذاق ينتقل الحجز في حق المشتري ، وفي بيع التجربة لا ينتقل .

(١) بودى وسينيا فقرة ١٥٥ .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ - أنظر في انتقاد إجماع بيع المذاق إل جانب  
بيع التجربة وجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط  
الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥ .

٦- إذا أنلس البائع قبل قبول المشتري ، قى بيع المذاق لا يستأثر المشتري  
بالبيع ، وفى بيع التجربة يستأثر .

٧- إذا حلك الشئ قبل قبول المشتري ، قى بيع المذاق يكون هلاكه  
دائماً هل البائع ، وفى بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة  
شرطاً واقفاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١) .

### ٥٣- بيع الوفاء

( vente à réméré )

## ٧٧- النصوص القانونية : نص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) والفقهاء الإسلامى يراجع كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبائع مع خيار الشرط . وفى  
الفقه الإسلامى أيضاً البيع على سوم النظر ( المجلد م ٢٩٩ ) والبيع على سوم الشراء ( المجلد  
م ٢٩٨ ) ، وهذان ليسا بيعين كاملين ، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من  
البائع ، أما الثانى فأتقرب إلى أن يكون وعداً بالبائع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك  
أيضاً فى منعب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام .

وقد سار التقنين المدني العراقى على هدى الفقه الإسلامى ، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة  
ببيع التجربة وبيع المذاق فصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتى : م ٥٠٩ عراقى : يصح  
أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ،  
سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أوهما معاً أو لأجنبى . م ٥١٠ عراقى : إذا شرط الخيار  
للبائع والمشتري معاً ، فأيهما فسخ فى أثناء المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز سقط خيار الميز  
وبنى الخيار للأخرى إلى انتهاء المدة . م ٥١١ عراقى : إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له  
الخيار ، أزم البيع . م ٥١٢ عراقى : خيار الشرط لا يورث ، فإذا مات من له الخيار سقط  
خياره . م ٥١٣ عراقى : فى جميع حالات الخيار ، إذا تلف المبيع فى يد المشتري قبل الفسخ ،  
هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر فى شرح خيار الشرط فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن. القنون فقرة ٤٦ -  
فقرة ٥٦ ، وهو ينفذ الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبيع المذاق . وأنظر فى تفهيد  
هذا الانتقاد تفهيداً موثقاً الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظاهر أن  
خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا غير من هذا الجمع ، ويكون البيمان  
الأخيران صورتين خاصتين من صور خيار الشرط .

و إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا (١) .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - ٤٣٣ - (٢) .

(١) تاريخ النص : كان المشروع التمهيدى يشتمل على المواد من ٦١٧ إلى ٦٣١ ، ومع نصوص تقر بيع الوفاء وتنظمه وتنظمه تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذى سار عليه التقنين المدنى السابق ( أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدنى السابق والمذكرة الإيضاحية المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في عواش هذه الصفحات ) .  
وقد سار المشروع التمهيدى في مراحله أمام لجنة المراجعة ، فجلس النواب ، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأيت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلا في المادة ٤٦٥ التى نحن بصددنا ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وصفتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٨٠ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٢١/٣٣٨ ( معدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ) :  
حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة في مقابلة المبالغ المتصوص عليها في المادة ٣٤٤ في المياد المتفق عليه .  
م ٤٢٢/٣٣٩ - ٤٢٣ ( معدلة بالقانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ) : إذا كان الشرط الوفاى مقصوداً به إخفاء وعن حقارى ، فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء وعن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات حكم ما في العقد بدون الطعنات إلى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد ، بمعنى أنه إذا لم يوف الوفاء بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري - وإما إذا صار توبة الشروط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع .  
م ٤٢٥ : غلط ( مقابل لما في الأهل ) : إذا لم يشترط حق الاسترداد في نفس عقد البيع ، فإن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثاني إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع مجازة يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل مجازة تزيد من ذلك يصير تنزيهه إلى خمس سنين ( في المقتطع سنتان بدلاً من خمس ) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : المياد المذكور يتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز المحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أى حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة .

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادة ١٣٣٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١).

== م ٤٢٨ مغلط ( لا مقابل لما في الأهل ) : تطويل الميعاد المنقضي عليه يقوم مقام بيع من  
المشتري البائع الأصل معلق على شرط ، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا للبيع ملكاً باتاً من يوم  
البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد .  
م ٤٢٣ ٤٢٤ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل إليه المبيع ، ولو لم  
يشترط الاسترداد في عقد الانتقال .

م ٤٣٠/٣٤٤ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد  
المعين أن يؤدي له على الفور الأشياء الآتية بيانها : أولاً - أصل المثل . ثانياً - المصروفات  
المرتبة على البيع والتي تتربط على استرداد المبيع . ثالثاً - المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري  
غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يؤدي أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي  
صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٤٣١/٤٣٥ : عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع ، يأخذ غالياً عن كل حق ووهن  
وضعه عليه المشتري ، إلا يلزم البائع بتنفيذ الإيجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط  
أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٤٣٢/٤٤٦ : الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً  
أو شاملاً أو مقسوماً إلى حصص ، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورقة المشتري بالنسبة  
للحصة الشائعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم .

م ٤٣٣ ٤٣٤ : إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترعها الحصّة  
الباقية من مالكا بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فليشترى المذكور عند مطالبة بانه الأول  
باسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء ، أن يلزمه بأخذ العين بتمامها .

#### (١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٣٣ ( مطابقة لمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري - أنظر في  
القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٤ ( مطابقة لمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري )

التقنين المدني العراقي م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهنًا حيازياً .

( والتقنين العراقي كان يشتمل في مشروعته التمهيد على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى  
٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتفضل أسكانه باعتباره بيع معلق على شرط فاسخ على نطق القفّة  
الفرج . ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذف هذه النصوص ، وتوسط التقنين العراقي بين  
موقف القفّة الثوب من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التقنين المصري وهو يطلعه كما سبق  
القول ، فجعل بيع الوفاء لا يبيماً صحيحاً ولا يبيماً باطلاً بل جعله رهنًا حيازياً ، أي أنه وضع =  
( الوسيط - م ١٠ )

== قريئة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازي . وقد جرى التفتيش العراقي في ذلك على تقاليد الفقه الإسلامي والمجلة ، فبيع الوفاء هناك إنما هو رهن حيازي . ويجب التمييز في القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المقترن بغير شرط البائع . فبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين البائع على استرداد الدين المبينة بصدق الوفاء المشتري حقه ، ويأخذ حكم الرهن الحيازي ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأمينا حتى يستوفى حقه من البائع ، أما البيع المقترن بغير شرط البائع ، فقد قصد به أن يكون البائع فسخة من الوقت يتدبر أمره ويظهر حل من مصلحته أن يحصل البيع بانأ أو أن يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، ينتقل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقترن بغير التروى أو غيار الشرط . وتكون المدة في غيار الشرط عادة مدة قصيرة ، إذ لا يحتاج البائع في التروى إلى وقت طويل . أما مدة الاسترداد في بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة ، إذ هو قرض مضبوط برهن حيازي كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المدني العراقي مقالة ٤١٨ - مقالة ٤١٩ ) .

#### تقنين الموجبات والمقود البناني :

٤٧٣ م : إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاوي هو الذي يلتزم فيه المشتري بصد البيع التام أن يبعد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن . ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاوي أشياء منقولة وغير منقولة .

٤٧٤ م : لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع مهاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط مهاد يزيد عليها أزيل إلى ثلاث سنوات .

٤٧٥ م : إن المهاد المذكور متحتم ، لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطاله وإن لم يتمكن البائع من استمال حقه في الاسترداد لسبب لم يكن فيه غتاراً . أما إذا كان عدم استماله هذا الحق ناشئاً من خطأ من المشتري ، فانقضاء المهلة لا يحول دون استماله .

٤٧٦ م : إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالكاً له إذا لم يتم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده . أما إذا قام بهذه الشروط ، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع . وفي كل حال ينتج المشتري بالمبيع كالكال إلى أن تنتهي المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و ٤٨٥ ، فيحق له أن يمتن تمام المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا .

٤٧٧ م : يجري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع ، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

٤٧٨ م : إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق إلى ورثته ، فيستلمونه في المدة الباقية لموئهم من المهلة .

٤٧٩ م : لا يجوز الورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع مجسلة . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحفظوا لكل منهم حقه في استرداد حصته .

وقد كان التقنين المدني السابق يتر ببيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مريباً ، أما التقنين المدني الجديد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء :  
( ١ ) في عهد التقنين المدني السابق ، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم يورع وفاء أبرمت في عهد التقنين السابق فتسرى عليها نصوص هذا التقنين . ( ب ) في عهد التقنين المدني الجديد .

= م ٤٨٠ : يجوز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين . أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع في حصة أحد الورثة ، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله .

م ٤٨١ : إذا أعلن إصرار البائع ، كان حق الاسترداد للمشتري .

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقدم دعوى الاسترداد على المشتري الثاني .

م ٤٨٣ : إن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا رد : أولاً - الثمن الذي قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زاده في قيمة المبيع . أما فيما يخص النفقات السكالية ، فليس للمشتري سوى نزاع ما أدخله على المبيع من التحسين إذا استطاع نزع بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاديف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد : أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثالثاً - الثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أدع فيه الثمن . والمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجب له ، ذلك كله مع الاحتفاظ بالشروط المنصوص عليها بين الطرفين .

م ٤٨٤ : إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من القهر أو الخلل بفعله أو بخطئه أو بخطأ أو خطأ الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم . وكذلك هو مسئول عن التغيرات التي أدت إلى إحداث تبديل جوهري في المبيع مخالفة لمصلحة البائع . غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع في هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : إن البائع الذي يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب في الوقت نفسه الحق في محو قيود جميع الحقوق العينية والأعيان والرهون التي أنشأها عليه المشتري . غير أنه ملزم بتفدية عقود الإيجار التي حققتها المشتري بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد في أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد أتى البذار هو أو الذين أبرمهم أن يبقى محللاً للاقتسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وإنما يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحل من المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية . ( وتقترب أحكام التقنين اللبناني في بيع الوفاء من أحكام التقنين المصري السابق ) .

## ١ - بيع الوفاء في عهد التتقين المدني السابق

**٧٨ - بيع الوفاء والرهن :** بيع الوفاء في عهد التتقين المدني السابق كان طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائته ، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن ، فينفسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي . فالبايع وفاء هو المدين ، والمشتري وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه لثاني على أمل استرداده في المستقبل . أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الرهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهنين بفضلائهما بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهنين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع ، أما إذا هلك العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له بيقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي يضمه جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لا بد لاتقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول ، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذه المتعاقدان متاراً لإخفاء رهن جازي (١) لو كشفنا عنه كان غير مشروع . ويتحقق ذلك في القروض الآتية :

(١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض ربما فاحش مضمون برهن جازي ، فلا يكشفان عن هذا القصد لمدم مشروعيته ، بل يلجآن إلى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عيناً يبيعاً وقائماً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا بيع ، ولكنه يبيع المشتري وفاء ثمرات البيع وكان لا يملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع بها ( انظر ابن هاددين جزء ٤ ص ٢٨١ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني ١٠١ و ٢٤٧ -

فقرة ٢٥٠ و فقرة ٢٥٢ )



من الربا الفاحش (١). أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه ، والفرق ربا فاحش . (٢) يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن لشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين ، فيلجأ إلى بيع الوفاء . فيتخذ الدائن المرتهن سمة المشتري وفاء ، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الراهن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماه ثمناً في بيع الوفاء . (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع ، بل يملك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين .

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣ ، وكان على التاضي ، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهناً ، ويجرى على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء ، إذا كان واقعاً على عقار ، وتبين أنه رهن ، فإنه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهناً . وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفاء إبطالا تاماً الوصول إلى الغاية المطلوبة ، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفاء نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالا تاماً . وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاقي الذي ينطوي على الرهن ، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لمقدمه » . وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء بستر رهناً ، فيبطل كبيع

---

(١) وطبقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ - وسيأتى ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً ، ويصبح المشتري دائماً عادياً يستحق فوائده عن المبلغ الذي دفعه ثمناً ، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على القناعة ، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانوناً لفوائده الانتفاعية (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة ص ٢٧٥ رقم ٥٤٩) - وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا باع شخص لأخر عقاراً يبيعاً وفائياً ، ثم حكمت المحكمة بإبطاله سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يمتد حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٥٢) .

وكرهن مماً ، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائده ، وذلك لأن المشتري وفاء يقبض ريع المبيع ، فإذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الربا الفاحش . وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأى سبب (١) . وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز إثبات عكسها (٢) .

---

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست ولادة على سبيل المحصر . وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط في عهد التقنين المدنى السابق ، في شأن بيع الوفا الذى يستر وحماً وما يقوم من القرائن في هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره .

ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى : استئناف وطنى ٣ يناير سنة ١٨٩٥ المرقوم ١٠ ص ١١-١٦ مايو سنة ١٩٠٥ المبيعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠-٨ يونيه سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٤-١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤-٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المبيعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١-١٤ مارس سنة ١٩٢١ الممامة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥-٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ الممامة ٤ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ الممامة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩-٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الممامة ٨ رقم ٥٧٢ ص ٧٧٤-٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الممامة ٩ رقم ٥٣٦ ص ٩٩٢-٩ مارس سنة ١٩٣٣ الممامة ١٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣-٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المبيعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢- استئناف لسيوط ١٠ يناير سنة ١٦٥٥ المبيعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف لسيوط ١٧ مايو سنة ١٩٤٨ المبيعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف لسيوط ٣ يونيه سنة ١٩٤٨ المبيعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ .

ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى : استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٧-٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٢٨٧-٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤-٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣-٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧-١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩-٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١-٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦-٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٥-٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣-٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥-١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥-٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠-٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤-٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥-٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨٣-١٦-١٥٠ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١-٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣-٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩-٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩٦-١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨-١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧-١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣-٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥ .

(٢) وقد ورد ، كما رأينا ، في آخر المادة ٢٣٩/٤٣٣-٤٣٣ من التقنين المدنى السابق =

== أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون ثبوتات إلى قصوره. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجب في العقود المخطوطة على ثبوت الإثبات بجميع الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني ( السابق ) تجوز لبايع أن يثبت بكافة الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً ، وإنما هو - على خلاف قصوره - يستر رهنًا حيازياً . فإذا ادعى المشتري أن العقد الذي صدر منه في صورة بيع لم يكن إلا استئذان بفائدة رهوية محسوبة برهن تأمينة. أفرغ في قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له ، وكذلك إقرار من المالك منه برد العين إليه في الأجل المحدد وبالقينة المنقضة عليها في العقد ، ثم أخذت محكمة النقض الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها ، ولكن محكمة الاستئناف ، ولم تحسم بدعواه هذه وطالبه إجراء التحقيق لإثباتها ، لم تأخذ بها ، متعلقة في قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد ، وإلا فلا يمكن إثبات عكس القواعد به بغير الكتابة ، فتصلحوا بذلك بخلاف حكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر ( نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٢٧ بمجموعة ٢ رقم ٣٧ ص ١٠١ ) . وقضت أيضاً بأنه يجوز لبايع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد ، وإن كان بحسب نصوره الظاهرة بيعاً باتاً ، فإنه في حقيقة الأمر يستر رهنًا حيازياً . فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين صممهم المحكم أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى يحوّل أربع سنوات إنما ينسب على هذا العقد ، واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساراً لرهن حيازى ، فإنه لا يكون قد أخطأ . إذ يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر الماصرة الفعلية التي تربطه بالعقد وإن اعطفت تاريخها . وإذا كانت الأوراق المختلف على تكييفها - حل هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه : إذا مضى الجهاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الفداء ، وليس هذا شأن بيع الفداء الحقيقي الذي يغلط مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وإن لمضى على شرط فاسخ . وإذا فاجهار تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للألمانيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد لفداء هو اجبار تسرع حيازياً ، وليس فيه نسخ لمطلو ( نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٤ ص ٢٢٩ ) . وبهذا حازمة العين في يد البايع ، إذا كانت قد قويت قانونية طبقاً للتشريع سنة ١٩٢٣ - فلها كانت تصلح قرينة لتأكيد قبل هذا التشريع ( نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣ ) . وكون ائتمن المذموم لا يتناسب مع ائتمن الخلق يصلح قرينة على ائتمن ( نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٢ - ١٠١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٢ ) . ولو فسح الإيجار بناء على طلب الملتزم واسترد الملتزم العين كالك ، فهذا لا يمنع من كون التصرف يستر رهنًا باطلاً ، ولا حجة فيما قاله المشتري من أنه وضع يده كالك لا كرهن بعد الفسخ ( نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢ ص ٩ ) .

٧٩ - دوراه في بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول  
عند انعقاد البيع ، ، والدور الثاني عند استعمال حق الاسترداد .  
أولاً - عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠ - أركانه بيع الوفاء : هي أركان أي بيع آخر ، وضاه المتماثلين  
والمبيع والمثمن ، ولا يشترط التسليم<sup>(١)</sup> . وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن  
دالبائع إلى المشتري المبالغ التي يثبت عليها - وهي غالباً الثمن والمصرفات -

ـ ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض في حكم حديث لما أنها تعتبر الفرائض الواردة في تشريع  
سنة ١٩٢٣ فرائض قانونية قاطعة . فقد قضت بأن بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة ٣٢٩ مدني  
( قديم ) ، كان قد اتخذ لستر بعض التصرفات القانونية المتوقعة ، مما حدا بالمشروع لإصدار  
انقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ مدني المادة ٣٢٩ مدني قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء  
الذي يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته يماً أو رهناً ، وأن المقد يعتبر مقصوداً  
به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات . والذي يبين  
من البرامح على تعديل المادة ٣٢٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع  
إنما أورد هذه القرينة كقرينة قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالقد وأنه  
يسر رهناً . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفاي نهائياً في القانون الذي الجهد  
اكشفه بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبر  
القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن  
فإنه يكون قد خالف القانون ( نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧  
رقم ٤٧ ص ٢١٦ ) . ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يحد  
بقرينة بقاء العين في حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القرينة أن تمنى البائع من عبء الإثبات ،  
وتلقيه على حائق المشتري ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينتان الحقيقة بعينه ولا رهن .  
فدلاً من ذلك ، أتى الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع ، ليثبت أن عقد البيع هو في الواقع  
عقد رهن . وهذا لا شك خطأ في الحكم المطعون فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا شأن أن القرينة  
القانونية إذا وجدت لم يجر إثبات مكسباً . بل إن الواجب في القضية التي نحن بسندنا أن نحال  
الدعوى إلى التحقيق ، ولكن لا ليثبت البائع أن العقد هو في حقيقة رهن ، بل ليثبت للمشتري  
أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو في حقيقة بيع وفاء . فإذا خلا بيع  
الرفاء من الفرائض القانونية ، كان على البائع الذي يدعى أن البيع الوفاي يثبت رهناً أن يثبت هو  
العامل على ذلك ( نقض مدني ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١  
ص ٨١٧ ) ، ومن شأنه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يثبت رهناً ( نقض  
مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ٢٥٩ ) .

(١) استئناف وحي ٣ يناير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٢٤ .

في مدة معينة . فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين : (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة اللغوية تكفي (١) . فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع ينتقد باناً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبائع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذي تنص عليه المادة ٢٥٠ مدني مختلط إذ تقول : إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكا إلا من يوم اشتراطه هذا الحق . ولا نظير لهذا النص في التقنين الوطني السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين . (٢) ألا تزيد المدة التي يصبح فيها الاسترداد على خمس سنوات في التقنين الوطني ، وعلى سنتين في التقنين المختلط . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي :

## ٨١ - مقوم لل من المشتري والبائع : يصبح المشتري ، بعد تسجيل

بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً ، مالكا للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن

(١) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ من ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه . يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة اللغوية التي تربط بالعقد وإن اعطيت تاريخها ) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ ( ورقة ضد تحررت في يوم العقد البات ) . ويخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته هو الذي يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النقض أنه ليس صحيحاً القول بأن اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه ولا اعتبر وعداً بالبائع ، فإن المادة ٣٣٩ مدني ( سابق ) تجيز لبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو مل غلاف نصومه بتردده حيازياً ( نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٧ من ٨٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٥ من ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ من ٢٦٢ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ ) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إهلاك دين متدين بقرائنه ودويته يحرمها القانون مراعاة للنظام هو أمر جائز بكافة الطرق ، سواء صودع عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفاقى ( نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٢٣ من ١٦٠٢ ) .

يصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط . فلهذا يبيع وأن يبيع وأن يرضى ، فإذا تحقق الشرط ففسخت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يظهر المقار بما عليه من الرهون ، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط القاسخ . وله أن يطلب الأخذ بالشفعة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط . وله من باب أولى أن يقوم بأعمال الإدارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط القاسخ وردت العين إلى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم يتجاوز مدته ثلاث سنوات (٢٣١/٣٤٥ مدنى سابق) . وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك ، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيازة ، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد . وإذا كان المبيع عقاراً ، أمكن المشتري أن يملكه بالتقادم الخمسى إذا كان حسن النية ، والبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشتري إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه (٢) . أما إذا كان للمشتري سوء النية ، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقي للبائع حقه فى الاسترداد .

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري فى المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعى ، وأمكن هذا أن يسترد المبيع من تصرف له المشتري . ويستطيع البائع أن يصرف فى ملكيته للعلاقة على شرط واقف وأن يرضها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد . والبائع فوق ذلك حتى شخصى فى ذمة المشتري ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع فى مواجهته ، حتى لو انتقل إلى يد أجنبي .

(١) نفس مدنى ٢٣ نولبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام المظن ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ .

(٢) بودى وسهنا فقرة ٦٣٦ - الاستاذ أنور سلطان ص ٣٧٥ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف مخطط ٧ دمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٦ .

## ثانياً - عند استعمال من الاسترداد :

### ٨٢ - من يستعمل من الاسترداد وضد من يستعمل وهل أي

شيء يقع : الذي يستعمل حتى الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل إليه حتى البائع أي خلفه الخاص (١) . ولدائى البائع ، إذا كان هذا معسراً ، أن يستعملوا حقه باسمه وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حتى الاسترداد ضد المشتري أو ورثته من بعده . ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري ( أي الخلف الخاص ) ، إلا إذا كان المبيع متقولاً وكان المشتري الثانى حسن النية فإنه يملك المبيع ملكاً بانياً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري . أما إذا كان المشتري الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً ، فإنه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى ، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق . أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل ، فإنه يسترد من البائع الثمن الأكبر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى منه حقوقه بالثمن الذى دفعه له . ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثانى يكون بموجب دعوى حينية هى دعوى الاستحقاق ، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حتى الاسترداد . وقد تقدم أن البائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول ، وتظهر فائضتها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفاقياً على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة حياً ، ويكون الوراث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد محولاً أصلاً للبائع ولورثته ، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الممتثل لهم والمؤمنون قبله بنقل ملكية العين على الاسترداد إليه . وإذا كان ورثة البائع وفاقياً قد باعوا العين إلى شخص ورفضوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشتري وفاقياً ، ثم تنازل بعض الورثة من طلب الاسترداد محظفين بمقتضى فى الثمن المدوح ، فإن الحكم إذ قبل بعمل المشتري من الورثة متشابهاً إلى باقي الممتثلين فى طلب الاسترداد لا يكون قد عاقف القانون ( نقض مدعى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بحسوة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) .

(٢) وفى القانون الفرنسى للمشتري إلزام الممتثلين بتعريف البائع من أسواقه الأخرى قبل استعمال حتى الاسترداد ( بلاتويل وروبير وحامل ١٠ ققرة ١٩٤ - قانون الأساقفة لحدس لليب الحلال وحامل ذلك ققرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس خرة ٢٥٨ ) .

في حالتين : (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني ، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني ، وهو لا يعلم أين ذهبت العين ، فغير طريق يملكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً . (٢) إذا كان المبيع منقولاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة ، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد ، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي ، وقد تقدم ذكر ذلك .

ونع الاسترداد على نفس المبيع ، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة ( م ٣٤٦ / ٤٣٢ مدني سابق ) . ولكن لهذه القاعدة استثناءات .

١ - فقد يتعدد البائع ، بأن يرثه وريثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فإذا كان البيع بمقد واحد وبشئ واحد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً أصلاً . ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد ، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجز للمشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا زل باقي البائعين للبائع الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه . أما إذا لم يستعمل للمشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد ، فكل بائع لا يسترد إلا نصيبه ، وبذلك يتقسم حق الاسترداد ( انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ مدني فرنسي ، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة ) .

٢ - وقد يتعدد المشتري ، بأن يرثه وريثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١) . أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة ، استعمل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كاملاً ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني ( السابق ) قد استثنت الحالة التي تكون فيها دعوى الاسترداد مقامة على وريثة المشتري بالنسبة إلى الحصص المقتضية بينهم أو الموروثة التي يملكها كل منهم . وهذا لا يصح به القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يجزئ توجيهها إلى البائعين . ولذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجزئ دعوى



البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع . ويتبقى سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما إذا تعلق استرداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً متغولاً وملكه مشتركان حسن النية بالحيازة . وليس للورثة أو للمشتري أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع ، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حتماً ( م ٣٤٦ / ٤٣٢ مدني سابق وم ١٦٧٢ مدني فرنسي ) .

٣ - وتنقضي المادة ٤٣٣/٣٤٧ مدني سابق ( أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي ) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة الباقية من الكها بعد طلب هذا المالك مقاضته ، فللمشتري المذكور عند مطالبة يائمه الأول باسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بنياهما . ذلك أن المشتري وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصّة المشاعة التي اشتراها ، أن يشتري حصّة الشريك . فلزم البائع أن يستردها مع الحصّة المشاعة وأن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك . ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصّة المشاعة التي اشتراها منه فقط . فإذا لم يشتري المشتري وفاء حصّة الشريك عند طلب القسمة ، بل يبيع كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي ، فحين الحصّة المشاعة المبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١) . وبلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة ، فليس له أن يطلب البائع إلا باسترداد الحصّة التي اشتراها منه ، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصّة المبيعة من يد من انتقلت إليه ، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قدمنا .

---

= الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فإن القول بأنه عند تجزئة المبيع تخبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون غلوا غير سديد ( نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة ص ٢٠٤ رقم ٥٧ ) .

(١) بودري وسبنا فقرة ٦٥٧ - بلانيرول وويبر وعامل ١٥ فقرة ١٩٦ - قارن الأسطد أنور سلطان فقرة ٣٧٨ .

٨٣- متى يستعمل حق الاسترداد : الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (١) . فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، سرى ما اتفقا عليه . وإن اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٢) . وإن سكتا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٣) . والمدة تحسب بالتقويم الهجري ، بحسب المتبع في عهد التقنين المدني السابق . وتبدأ من وقت البيع (٤) ، ولا يحسب يوم البيع وبحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٥) .

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدني سابق على أن الميعاد المذكور عثم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أي حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة . فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذي كان معقلاً على شرط فاسخ بيعاً باتاً ، وأصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب (٦) ، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع بائنة

(١) وفي التقنين المختلط سنيان ، وفي التقنين المدني الفرنسي خمس سنوات .  
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف لوطنية بأن العقد الذي يظهر من روايته أنه بيع وفائي باستكمال أوضاع البيع الوفاي تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره بيعاً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أي وقت أراد . فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع المبيع المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات . وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ ، وفي جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا ببيع وفائي ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٧٠) .

(٣) أبريل ١٩٠٥ ، فقرة ٣٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ .

(٤) أر من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معقلاً أيضاً على شرط واقف .

(٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ .

(٦) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ الجمعية الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع الوفاء لم يسجل : ثم أصبح باتاً على النحر المشار إليه ، جاز للمشتري رفع دعوى صحة تصاقفه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع بيعاً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد المطلق عليه ، فرفع المشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تصاقفه على اعتبار أن هذا =

وحل المكس من ذلك نزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع ، وزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد . وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ، ثم مدداها بعد ذلك ، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باتاً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل ( م ٤٧٨ مخطط (١) . ولا يجوز في جميع الأحوال أن يضر الاتفاق على مد المدة بحقوق الغير (٢) . فإذا فرض أن المدة التي حددت أولاً هي سنتان ،

والبيع بات ، وتبينت المحكمة من بحثها واقعة تخلف شرط الاسترداد أن المهلة المحددة للاسترداد قد انقضت بغير أن يتخذ هذا الشرط ، فإنه يكون شا أن تنقض بصفة التمسك على اختيار أن العقد أصبح بيعاً باتاً ، إذ هذا التحول في طبيعة العقد يتم سبباً بحكم القانون بمجرد تخلف الشرط ( تنقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٣ ص ٥٥٦ ) . هذا ولا يوجب ما يمنع ، حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باتاً ، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة العقد على هذا الأساس .

(١) كولان وكأبيتان ٢ ص ٥٥٤ - وينبغي رأى إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشتري بإعادة بيع المبيع البائع ، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي ، ولا يضر بحقوق الغير للمكسورة في الفترة بين المد والاسترداد ( الأستاذ أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٥ ) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأجل في عبارات يؤخذ عليها إثراتها في الإطلاق ، وكانت في حاجة إلى شيء من التفسير . فنقضت بأن المادة ٣٤٢ مدني ( قديم ) وإن منعت المالك من مد الأجل المحدد من الاسترداد ، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه للفترة له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل نوات الأجل المحدد لولا للاسترداد ، كما هو جائز بعد نواته ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون منه بيع وفاء ( تنقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انعقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرتضى ص ١٢٦ ) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يصحح به على الغير الذي كسب سبباً بعد الاتفاق على المد ( الأستاذ أحمد سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٩ ) .

وفي غضون السنة الأولى وتب المشتري وفاة رهنأ على العقار المبيع ، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مدته سنة ثالثة ، فان الرهن يصبح باتا بانقضاء السنتين ، لأن الدائن المرتين كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتا . أما إذا كسب دائن آخر رهنأ على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثاني الممدود هو الذى لايسرى الميعاد الأول (١) .

#### ٨٤ - كيف يستعمل حق الاسترداد : في فرنسا اختلف الرأى في

الفقه . ففرق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً ، وفرق ثانيلعب إلى جواز الاقتصاد على العرض الفعل دون تعرض الحقيقى ، وفرق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلافاً ويكتفى بإظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأى الأخير يأخذ القضاء في فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط واقف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات ، فان لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتا ويأسر بذلك مزاحمة دائى البائع .

أما في مصر فالقضاء والفقه يلحيان إلى الأخذ بهذا الرأى الأخير ، وإلى أن مجرد إظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) . ولكن يحسن

( ١ ) الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامدة زكى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

(٢) استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٨٨١ م ص ٣٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ص ٢٣٧ - قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٢ المبيعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ - ٩٢ - السنة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المبيعة الرسمية ١ ص ٢٠٩ - جرائفولان فقرة ٢١٢ - ص ملتبس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ - الأستاذ محمد حلى حلى فقرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إيداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح نص المادة ٢٣٨ مدنى المعلقة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل لهذا التعليل للاستثناء على عبارة المادة ٣٤٤ مدنى لقرار بنبر ذلك ، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة =

إذا أخذ بهذا الرأي ، التمسى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع الفعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع بائناً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع (١).

٨٥ - الوفاء الذى ترتب على استعمال الوفاء : ترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولاً - يفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتفسخ تصرفات المشتري وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتغذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً .

ثانياً - يصبح البائع مدينًا بما باقى : (١) أصل الثمن . وليس من المضمّن أن يكون الثمن الذى يردّه البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشتري ، وإن كان هذا هو الذى يقع غالباً . ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يردّ ثمنًا أكثر أو أقل ،

---

== لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً ( ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ الجمعية الرسمية رقم ٢٠ ) . وأنظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذين أحمد نجيب الخلال وحامد زكى بقرة ٥٠٠ .

واسترداد البائع المبيع إذا كان مفاراً . يكفى فيه التأشير فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التى دعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري . أما إذا أصبح بيع الوفاء بائناً ، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلا بد منه الاسترداد من تسجيل جديد ، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر معلقاً على واقف أو وعداً بالبائع ( الأستاذ سليمان مرقس بقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤ ) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس بقرة ٢٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - وهو يقر بيع الوفاء وينظّمه كما قلنا - يتضمن نصاً ( م ٢/١٢٢ من المشروع ) يقول : « ويجوز للمشتري أن يحدد للبائع ميعاداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها فى العقدة السابقة معرضاً حقيقياً ، فإذا انقضى الميعاد ولم يتم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على اتصال حق الاسترداد كأن لم يكن » ( مجموعة الأعمال التوضيحية : ص ١٧٣ - ص ١٧٤ فى الهامش ) .

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بالشفعة والإيجار على النحو الذى قلناه ( أنظر آنفاً بقرة ٨١ ) .

( م ١١ - الوسيط ج ٤ )

إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد رهن يربا فاحش . وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاي ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والربح . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن . (٢) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . فبرد البائع للمشتري رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك . (٣) المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري غير ما صرفه في صيانة المبيع ، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل التبعين ما صرف فعلا وما زاد في قيمة المبيع . ويشترط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يعتمد المشتري تحسین المبيع تحسیناً يعجز البائع عن رد مصروفاته ، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) .

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً ، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يستوف الديون المتقدم ذكرها على الرأي الذي نذهب إليه . وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون .

ثالثاً - يصبح للمشتري مديناً برد المبيع . ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفائياً لا يلزم إلا برد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التي يتفقها المشتري لاستغلال المبيع وفائياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته ( نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) ..

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري معافاً فيه ، كان البائع أن يعرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها حراً حقيقياً ويودعها خزنة المحكمة ، وله أن يخضع رسم الإيداع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانوني ، فإن قيام ودية البائع بخمس رسم الإيداع من المبلغ المعروض لا يؤثر في صحة العرض والإيداع ( نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩ ) .

الفوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التي بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض (١) أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع ببداهة ألا يسترد ، وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه .

### (ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

#### ٨٦ - بيع الوفاء باطل - الأعمال التصديرية للتقنين الجديد

ومادة في لجنة مجلس الشيوخ : قدمنا أن المادة ٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا » . وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قلمناه في عهد التقنين السابق . ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت إلى رأيين (٢) :

(الرأي الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص بحلة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفاة تستر رهونا حيازية عقارية ، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاة إذا ستر رهناً كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً . وقد دلت أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي : (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية ، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل . فنظام الرهن بنوعيه يفنى عنه ، وبخاصة رهن الحيازة . (٢) أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة الأندنة ، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير ويخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع ، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أفدنة . (٣) أن بيع

(١) ولا يشترط جنيه بالفعل .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٦٨ - ص ١٧٦ .

الوفاء يدفع صفار الملاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأغنى الأثمان . (٤) أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً ، ويستطيع ذلك في الرهن .

(والرأى الثانى) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن في حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاى يستر رهناً ، لأن المشتري في بيع الوفاء الحقيقى يقطع بعد انقضاء المدة في أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع يقطع في أن يسترده ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صفار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً . وما دام القانون قد وضع الضمانات التى رأما كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن ، فلا محل لحذف بيع الوفاء .

وقد قبل من جانب الحكومة في لجنة مجلس الشيوخ ، تأييداً للرأى الثانى ، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة إليه . وفى الإمكان ، حماية لصفار الملاك والفلاحين ، الكشف عن البيوع الوفاية الساترة الرهون وعمايتها ، كما فعل المشرع المصرى في سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يخلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مطلقا بالرهن . والقائلون بالنساء البيع الوفاى لم يشعروا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف التصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيماً تشريعياً ، وهذا وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين : إما أن تبقى بيع الوفاء قسئى تنظيمه التشريعى ، ولما أن نحرمة فتص على ذلك نصاً صريحاً .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت في المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين في شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف التصوص



المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريره ، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالاً للتعامل به مستهينين فيه بتطبيق القواعد العامة .

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات ، ما يأتي (١) : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد برأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستاراً لرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بشئ بخس . والواقع أن من يعد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفاته بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التدبير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غيباً ينفي أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف التصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستأص عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع المجال لغبن قلوبهم جانباً » .

٨٧ - ما أقرى برتب على بطونه بيع الوفاء : فيبيع الوفاء إذن ، في التفتين المدين الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٤٦٥ مدين) ، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظريته إلى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (٢) .

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩  
(٢) حل أن القول بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضي أن يكون النص الخاص بالبطلان اثر رجعي ، فهى حل يوجب الوفاء التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٩ .  
والأول إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وإن كانت تمت المصلحة العامة ، لا تعتبر من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون ( أنظر ما يلى فقرة ٨٩ ) .

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر (١) ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع ، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلاً بأى حق عيني لفهمان رد الثمن ، فان بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً . وإذا كان قد سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل .

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو رهن ، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكمه . أما إذا تصرف البائع في المبيع ، فتصفه صحيح لأنه هو المالك . وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد ولم يسترد البائع المبيع ، فان ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع (٢) . أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول .

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، ملكها المشتري الثاني في المقول بالحيازة ، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه .

---

(١) ولا يمكن حل بيع الوفاء على أنه يتر في الحقيقة رهناً فتجرى أحكام الرهن ، فالمعقد السائر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يتر أى تصرف آخر ، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٩) .

(٢) وقد يتر المشتري واضحاً يده على المبيع ، كمالك ملكاً باتاً ، بعد انقضاء مدة الاسترداد . ويستطيع في هذه الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتى .

## ٨٨ - تمييز منطقتي بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ :

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، وكان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد ، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتعميد منطقته إمرأ بالغ الأهمية ، حتى يختص هو وحده بالبطان .

ولاصحوبة في تمييز الشرط الوفاي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بارادة البائع . ذلك أن الشرط الوفاي هو شرط يتعلق حتماً بارادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد . فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بارادة البائع ، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفاقياً ، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً . مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية ، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو: نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها ، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً . وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بارادته وبارادة الزوجه ، فلا يكون شرطاً وفاقياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً .

ويذكر الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بارادة البائع . فهناك شرط متعلق بارادة البائع وليس شرطاً وفاقياً فيبقى معه البيع صحيحاً ، وشرط متعلق بارادة البائع وهو شرط وفاي فيبطل معه البيع . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي : في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسخة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط<sup>(١)</sup> ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع . وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد النعم ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفاقياً فيبطل ويبطل معه

---

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق القول ، ولكن الشرط هنا لا يتعلق بارادة البائع بل بارادة المشتري ، والقول فيه على كل حال للشراء لا للمشتري في إحدى صورتيه .

اليـع . فالشرط الصحيح هو ما كان للتـوى ، والشرط الباطل هو ما كان  
للتـمكن من استرداد المـيع .

ويمكن أن تصور ، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا ، أن تتحايـل الناس  
لتجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين (١) : (١) يبيع المالك العين المشتري بيعاً  
باتاً ، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف  
هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة . (٢) يبيع المالك العين للمشتري  
بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان ، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد  
ثالث معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال  
مدة معينة . وتتماز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي  
ما بين البائع والمشتري ، فجعل الشبهة أبعد (٢) . وعندنا أنه إذا اشبه القاضي  
في حقيقة البيع هل هو بيع وفائي فيطـله ، وجب عليه ألا يقف عند تكييف

(١) وهناك وسيلتان أخريان لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليهما ، إذ تقعان مباشرة تحت  
حظر القانون . الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يتملك العين  
إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء . وهذه  
الطريقة حرمها القانون بنص صريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة  
١١٠٨ مدني في الرهن الهيازي . والوسيلة الثانية أن يعمد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت  
ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي ، ويجوز أن بالشروط الوفاوي ورقة ضد فيما بينهما وقد  
يؤخران تاريخها من تاريخ البيع البات . وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني السابق عن هذا  
التحايل ، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً ، حاصر فيه  
الشرط الوفاوي البيع ولو بماصرة ذهنية .

(٢) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط  
فاسخ ويتحقق الشرط بإرادة البائع : يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط  
فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بفسخ منه في الميعاد المتفق عليه . وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء  
بأن الثمن فيها مؤجل ، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة مبيحاً أو قريب الأجل . ويكون الفسخ  
في هذه الصورة واجباً إلى أن البائع لم يستوف الثمن ، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع  
قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري .

وقد يبيع شخص مينا لآخر ، ويطلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه  
المشتري . فهذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد ينجح رهناً اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى  
المرتضى إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيكون هذا الشرط باطلاً ( استئناف مخطـط أول ديسمبر  
سنة ١٩٩٧ م ١٠ ص ٢٦ ) .

للمتبعين للعقد، بل يحل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الفرض من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يردده خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم بطلانه . وما يمتح على تبين ذلك القران الى كانت في عهد التقنين المدنى السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لبيع وفاء . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قلنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع ، وكانت تضى بما يأتى : ١ - إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقاريا ، كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهنأ . ٢ - ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازى إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بنى المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت . ويجوز بأية طريقة أخرى إثبات الرهن المستر ، دون الوقوف عند الألفاظ التى وردت في العقد . (١) ونرى أن نسهى ههنا المبدأ ، فى الصورتين اللتين قلناهما ، وفيهما صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي ، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية ههنا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف ، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد ، أو قامت قران أخرى كان يرد البائع ثمنأ أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاى ، سهل على القاضى أن يبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضى ببطلانه (٢).

#### ٨٩ - ليس للتقنين الجديد أثر رجعى : رأينا أن التقنين المدنى الجديد

قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصالة من غير تمييز بين بيع جدى وبيع يستر رهنأ ، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٠ في الماشر .

(٢) وقد يمد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبى البائع رغبته في الشراء في مدة معينة ، فتل هذا العقد جائز . وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء ، إذ البائع فيه قد تجرد من ملكية المبيع تجرداً نهائياً ، وليس له إلا حق شخصى قد لا يستلحق بوجبه أن يستر المبيع وذلك إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يمدى البائع رغبته في الشراء . أما في بيع الوفاء فقد استبقى البائع على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استسلحقه في الاسترداد .

العام ، فلا يكون له أثر رجعي . ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً يستر رهناً ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (١).

أما بيوع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهناً (٢).

## § ٤ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن

### أو الائجار السائر للبيع

(vente à tempérament — location-vente)

## ٩٠ - النصرة القانونية : تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز في مثل هذا البيع للبائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصوره استرداد صحيح يقع من البائع ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ ) . ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حلول هذا التاريخ ، وقد يبق النزاع ستين طويلة منظوراً أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٠٩ .

• بعض رسائل حبيشة في الموضوع : هابير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fodor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانيك (Sganok) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونج (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ييمستر =

١ . إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتاعدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبهما للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣ . فإذا ماوفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤ . وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

== (Le Mestro) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ .

( أنظر في هذا بلانيول وويبر وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هامش رقم ١ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي . وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ، حتى لو تم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق تقنية . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد ، لأن نص المشروع يوم أن الملكية لم تنتقل بتماماً من البائع إلى المشتري ، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عند الشك » حتى يكون القصد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٣٠٠ ( مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٤٧ - ص ٤٨ و ص ٥٠ - ص ٥١ ) .

المادة ٣٩٨ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤١٩ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٥٣٤ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص (١) .

٩١ - تطبيقات عملية : يقع كثيراً أن يبيع شخص شيئاً بضمن مقسط ، وحتى يستوثق من أن المشتري يوفى الثمن وتحرزا من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بآنة إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن . وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات ( التلاجات ) والثلاجات ونحو ذلك من المنقولات . وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والقيلات . فيجمع إلى أصل الثمن فوائده ، ويقسم المجموع أقساطا متساوية على عدد من الشهور أو السنين ، وإذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع (٢) .

#### (١) التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٣٩٨ ( مطابقة المادة ٤٣٠ من التفتين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤١٩ ( مطابقة المادة ٤٣٠ من التفتين المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥٣٤ ( متفقة مع نص المشروع التمهيدى المادة ٤٣٠ من التفتين المدني المصري والأحكام واحدة في التفتينتين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التفتين المصري ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشرح التمهيدى في هذا الصدد : « تجيز المادة أن يشترط البائع ، إذا كان الثمن مؤجلاً ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلحتها بالتقسيط - كالألات ومربيات النقل وكالأراضي التي تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٩ ) .

وأنظر في الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية لهذا البيع ، وفي انتشاره في أمريكا ، وفي أنه يهيء =



وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع (location vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثه هي الإيجار المقترن بوعده بالبيع (location complétée par une promesse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند الصورتين الأوليين، لأيهما هما الصورتان، الأكثر انتشاراً.

٩٢ - البيع بالتقسيط : عرضت الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ مدني، كما رأينا، لحالة البيع بالتقسيط. فإذا باع تاجر عينا - سيارة أو آلة كتابة أو راديو أو غير ذلك - بشمن مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين، أو بشمن مقسط أقساطاً متساوية على النحر الذي قدمناه، واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاة المشتري باليمن المؤجل في الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً. ويجب إعمال الشرط، حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أى قسط من أقساطه.

وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري، ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ (١). وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد، هو أن يوفى المشتري بالثمن أو بأقساطه في الميعاد المحدد. فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثار رجعي

---

== السبيل لنزول الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يواجه احتمال إفسار المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي : جورسان ٢ فقرة ١٠٢٢ - ١٠٢٣.

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط *clause de reservati domini - pactum reservati* (domini) : أنظر استئناف مخطط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٥ - ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م ص ٢٠٠ - ٥ يريه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ص ٤٨٢ - وقد يشترط البائع - دون أن يحفظ ملكية المبيع - ألا يتصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بشمنه، مالم يوفى المشتري من المشتري بالثمن (استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٠٨).

إلى المشتري ، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضاً<sup>(١)</sup>. ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء ، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري ، كما قدمنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع موقوفة . ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبيع والرهن ، ويكون المشتري من المشتري مالكا تحت شرط واقف ، كما يكون للمرتن حق رهن معلق على شرط واقف . وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة<sup>(٢)</sup>.

(١) ويلاحظ أن البيع لو كان باتاً غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصدها في أمرين : ( أ ) الملكية في البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة ، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط . ( ب ) ثم إن الملكية الباتة التي انتقلت إلى المشتري في البيع البات لا تنسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن ، بل لابد من حكم بالفسخ ، والتأخرى غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . أما في البيع المعلق على شرط واقف فبجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يعتبر تخلفاً للشرط ، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة في الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلا من تعليقه على شرط واقف ، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فتنقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ ، وإذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم . وهذه الصورة الأخيرة - وهي التي قلنا إنها تشبه ببيع الوفاء فيما قسمناه ( أنظر آنفاً فقرة ٨٨ في الهامش ) - تختلف عن البيع البات القابل للفسخ في أن إنفساخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفي البيع البات يكون الفسخ بحكم ، وفي أن الذي ينتقل إلى المشتري فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفي البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة .

(٢) استئناف مخطوط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠

فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدئاً، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين - الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن - وليس البيع بالتسليم من بين هذه العقود (١). ولو أقبل المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في التغطية يزاحم فيه البائع سائر دائي المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التغطية ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسترد المبيع من التغطية (٢). فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهى البائع : عدم اعتبار المشتري مبدئاً إذا تصرف في المبيع ، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عنياً من التغطية .

وإذا تحقق الشرط ، ووفى المشتري بالثمن ، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية ، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط وابق زول بأثر رجعي لعدم تحقق الشرط (٣) ، وتعود الملكية بآلة إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن. ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع ، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة

---

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - نقض فرنسي جنائي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٦ - ١ - ٣٩ - أول يونيو سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٢٦ .

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ ، في مصر ، قضت بأنه يحظر على المشتري ، بدون إذن سابق من البائع ، أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلعة موضوع التسليم قبل الوفاء بشمها . ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون على العقوبة ، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين . فهذا القانون قد خلق إذن جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا في البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكون حرة البائع هي البيع بالتسليم ( أنظر الأستاذ إسماعيل غانم ص ٧٤ - ٧٥ ) .

(٢) أنظر المادة ٣٥٤ من التقنين التجاري - الأستاذ عبد المنعم الجبراوي فقرة ٦١ - ٦٢ وقرة ١٨١ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنيسكلويديس بالدور ٣ لفظ location - vente فقرة ٢٨ - فقرة ٣٠ .

(٣) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التصير الصحيح ، والتصير في هذا المقام بلفظ « الزوال » أدق من التصير بلفظ « القسح » الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني .

## في الشرط (١). والباقي في هذه الحالة أن يطالب المشتري بتعويض ، ويطلب أن

(١) على أنه من الممكن القول بأن البايع بالتأخير ، فلما أن يعتبر أن الشرط الواقع قد تخلف فزال البيع كما قلنا ، ولما أن ينفذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البايع . وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له الزول عنه . وقد يقال أيضاً إن البايع أن يعتبر تخلف الشرط الواقع راجعاً إلى تعدد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المنقح ويصبح البيع بائناً ويجوز للبايع أن ينفذ الباقي من الثمن .

وتصرح المذكرة الإيضاحية بجواز أن يطالب البايع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة ، بفسخه (الأدنى : بدلا من المطالبة بزواله) فتقول : « وفي عن البيان أن البايع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط . (مجوعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) . والفقهاء المصري أيضاً يقولون بذلك : أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ - الأستاذ عبد النعم البدواوي فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٦ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٤٧ .

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البايع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦ - ولكن قارن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢) . وإذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تعويضاً يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبق الإشارة إليه) ، فإذا حيز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه في استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦) .

على أن مجرد حصول البايع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط استبقاء الملكية (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥) . فإذا اعتار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجوز له الرجوع إلى المطالبة بفسخ البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٩) . ولا يجوز له اتخاذ إجراءات تنفيذ وإجرات الفسخ في وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠) . ولكن التنبيه لا يعتبر حتماً نزولا عن طلب الفسخ ، فطالع العدول عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠) . أما توقيع المحرر فيجوز نزولا عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبق الإشارة إليه) .

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقهاء ، في الإيجار السائر للبايع ، أن يعدل المستأجر من الصفقة ، فبدل الشيء إلى المؤجر ، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل ارتفاعه بالشيء ، ولا يستطيع المؤجر إجباره على الشيء في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليعتبر الإيجار يماً (نقض مدني فرنسي أول يولي سنة ١٩٢٥ - سريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦١ - أنسيلويدي ديالجز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٧) .

يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التصويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاهها. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تسمى عليه أحكام الشرط الجزائي، وأم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه. ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفي عدد أكبر من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن (١). ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري، ويحفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه (٢).

**٩٣ - الإلغاء العار لبيع :** وحتى يتجنب البائع المحظورين الذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدئاً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تغطية المشتري - يعمد في كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار، فيسمى البيع إيجاراً. وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، حتى هذه الملكية المعلقة على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدئاً ومن استرداد البائع للمبيع من التغطية. فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ويعتبران

(١) ويبدو أنه ما دام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أي جزء من الأقساط المرفوعة، فإن لم يصبه أي ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهذيب في هذا الصدد: « ويجوز المادة أن يشترط البائع، في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك، أن يستبقى الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التصويض. إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي، وأجاز تخفيضه تطبيقاً لقواعد التي قررت في هذا الشأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع)، حتى يمنع التمسك الذي يقع في هذه الأحوال. فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها، ويحفظ بكل الأقساط التي استوفاهما، وفي هذا نت على المشتري يستطيع للقاضي أن يدفعه إذا غفص الشرط الجزائي وقضى بأن يرد البائع بعض هذه الأقساط. وقضى من البائع أن البائع يستطيع، بدلاً من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضي من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط (مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٤٩).

أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآته إلى المشتري . وحتى يحكما ستر البائع يتفقان فى بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فتكون الأقساط التى يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فإذا وفاها جيعاً ووفى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً باتاً .

وبحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه : (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار ، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر ، فإذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبيد ومن ضمن عقودها الإيجار . (٢) وهو ثانياً قد أمّن شر إفلاس المشتري ، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً ، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية بآته ، فيستطيع أن يسترده من تغليصة المشتري (١) .

ولكن بالرغم من تفرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع ، فإن الفرض الذى يرميان إلى تحقيقه واضح . فقد قصدوا أن يكون الإيجار عقداً سورياً يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الإضافى الذى جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والثمن الحقيقى إنما هو هذه الأقساط التى يسميها أجرة . ومن ثم قصت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٥ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تنسرى على العقد ولو سعى المتعاقدان البيع إيجاراً (٢) . ويتربى على ذلك أن الإيجار السائر للبيع يعتبر بيعاً محضاً ، ونسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط

(١) أما إذا ملك الثمن بسبب أجنبى فى يد المشتري ، فإنه يملك من مال البائع . ويستوى فى ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون ملزماً فهو المالك للثمن ، فهلك عليه ، أو يعتبر بيعاً مطلقاً على شرط واقف إذ المالك فى هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعى وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الأستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٩١ ص ١٢٩) .

ويلاحظ أنه إذا كان البيع مطلقاً على شرط واقف وهلك المبيع ، فإنه يملك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم . ويتحقق ذلك فى صورتين علميتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الناح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص ١٢٩ و فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٥٠ ص ١٤١ - ص ١٢٢ الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

## الى تقدم ذكرها (١). وأنها أن تنقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط

(١) وقد حسم التفتين المدعى الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بنص صريح . فقد كانت مسألة خلافية في عهد التفتين المدعى السابق . فذهب رأى إلى أن العقد إيجاب مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واثق (استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ - وأنظر في انتقاد هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - ص ٢٣) . وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد ، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين الباقي من إيساره ، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين دون أن تشوه إرادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشافعي فقرة ٦٥ ص ٨٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجاب (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ١٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى انقضاء التأجيل (استئناف مخطط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤) . ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى انقضاء التأجيل ، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط (استئناف مخطط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبق الإشارة إليه) . ولا يجوز للبائع ، إذا تأخر المشتري في الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢) . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة مفاراً بالتخصيص في أرض المشتري (استئناف مخطط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) . وللبائع المحفظ بملكية المبيع ، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط ، أن يجبر على المبيع حيزاً استحقاقاً (saisie - revendication) (استئناف مخطط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٩) .

وذهبت محكمة النقض إلى أن تكليف العقد حل هو بيع أو إيجاب يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع بهذا القصد منهجية بنصوص العقد . فقضت بأن التكييف القانوني المقدر المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم *location-vente* لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والقضاة ، فإذا اعتبر قاضي الموضوع مقدماً من هذا القبيل مقدماً ببيع ، مستهدفاً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحييل لأي نص من نصوصه ولا نسخ لحكم من أحكامه ، بل كل ما فعل إنما هو تطبيق لنص من المعاني الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه (نقض جنائي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٩) .

واقف منذ إبرام العقد . وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً ، وأنه إذا أفلس المشتري (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التعلية (٢) .

#### ٩٤ - الإيجار المقتزى بوجه البيع : وقد لا يتحدث المتعاقدان عن

بيع أصلاً في عقد الإيجار ، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ، ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار . ونرى في هذه الحالة التمييز بين فرضين .

( الفرض الأول ) أن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتسسيط منذ

(١) لكن إذا حيز دائر المشتري على العين ، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع ، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائر المشتري . أما إذا اعتبر البائع مؤجراً ، فإنه يبقى مالكا للعين ، ويكون اختيار الموقع من دائر المستأجر حيزاً باطلاً ( أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ location-vente - ٢٢ - ٢٤ ) . فإذا كان دائر المشتري هو مؤجر المكان الذى وضعت فيه العين ، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً ، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المنقولات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المنقولات ملكاً للمؤجر مادام المؤجر حسن النية ( أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ location - vente - ٢٥ ) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد حكم المشروع إشكالا بإبراده هذا النص ، فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إضافياً من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يستوفى الأقساط أجرة لاثماً ، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع مع هذا منه تبديداً . فأقصر المشروع الأمور في نصائها ، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر مطلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها ، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري مسخية إلى وقت البيع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ - ص ٥٠ ) .

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذى أروده التقنين المدنى المصرى الجديد - مقتبساً ليه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الألمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الإبطال ( أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ ) - فيعتبر الإيجار المقتزى بوجه إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولكنه بالنسبة إلى دائر المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تعلية المشتري ( أنظر بلايول وريير وهامل ١٠ - ٢١٩ - بلايول وريير وهامل ٢١٠ - ٢٤٣٥ - ٢٤٣٦ - أنسيكلويدى دالوز ٣ لفظ location - vente - ١٠ -

فقرة ٢٥ ) .



البداية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها ، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ رمزي . ففى هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا لإيجاراً ، ويعتبر المشتري مالكا تحت شرط واقف ، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تغليصة المشتري (١) .

( الفرض الثاني ) أن يعقد المتعاقدان إيجاراً جدياً يقترن به وعد بالبيع . فيؤجر المالك داراً أو سيارة لآخر مدة معينة بأجرة تدفع أقساطاً ، ويعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار . ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (٢) ، وتكون الأقساط التى يدفعها المستأجر هى أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن . ففى هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط ، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر ، وإذا تصرف المستأجر في السيارة التى استأجرها كان مبدداً ، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تغليصته . فاذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين ، انتهى

---

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلاكبول وريبر وهامل ١٥ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦١ . ولكن أنظر في أن العقد قد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم أيضاً من هذه البيوع : أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ في تنظيم بيع السيارات بالتقسيط ، وقد جعلت أحكامه تسمى على بيع الممرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ . وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٥٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تحريم بيع الأوراق المالية ذات « اليانصيب » (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري ، وجعلت العقوبة في هذا القانون هى عقوبة النصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية ، وقد خلق جريمة جديدة هى جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ( أنظر آنفاً فقرة ٩٢ في الهامش ) .

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع من طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك في المراتد والمجلات والمياه والغاز والنور ، بلاكبول وريبر وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٣٨ . (٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى

عقد الإيجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار . وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة ، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع .

### ٥ • - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command—avec déclaration de command — avec éléction d'ami)

٩٥ - الصور العملية لهذا البيع : يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً ، إما لعدم رغبته في ذبوع الخبر لسبب خاص به ، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب ثمناً عالياً لعلمه أنه رجل ثري ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ، لإتمام هذه الصفقة . فيعتمد من يرغب في الشراء إلى إقتضاء اسمه ، ويكلف صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير . ولا تنزع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ، إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلاً عن المشتري لا تكشف اسم الموكل ، والموكل يريد كتمان اسمه كما قدمنا . كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار pre-e-nom ، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصي كوسيط مسخر ، لوقع العقد له هو ، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع جديد برسوم جديدة ، ولا تنقلت الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية والتكاليف الآتية من جانب الوسيط . لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن اسمه ، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط نائباً عنه في الشراء . فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة ، بقي البيع باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى .

منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ، ولا يتسع الوقت أو لا توافي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه ، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فان قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، وإلا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة ، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نصن عليها تقنين المرافعات وسبأتي تفصيلها فيما يلي :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

(١) أن يحفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فان لم يفعل بقيت الصفقة له . وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة ، حتى لا يبق البائع معلقاً مدة طويلة لا يدرى أبايع الوسيط أم باع لغيره (٢) .

وميجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع ، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣) . ولم يرد فيه نص في التقنين المدني

---

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره ، وهذا لا يلزمه بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠) . ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ - بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٣ .

(٣) بل إن هذا التصرف من التعامل بدأ في العقود بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك إلى العقود بالممارسة (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المخطئة في حكم قدّم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية استئناف مخطئ ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢٥ ص ٢٥٥ . ولكنه يجوز في كل البيوع ، الاختيارية =

المصري ، ولا في التقنين المدني الفرنسي (١) ، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٢) ، فننظر في حكمه قبل التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وما هي الآثار التي تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع .

## ٩٦ - حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير : ينقد البيع صحباً

بالشرط المتقدم الذكر . وقبل أن يستعمل المشتري حقه في التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير ، وفي خلال المدة التي عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية : المشتري للصفقة قد يكون هو الذي تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري في الميعاد المحدد . فالمشتري إذن شخص تحيى (٣) ، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق ، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه في خلال المدة المتفق عليها . وليس من تقدم للشراء مجبراً ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حق احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٤) .

== والجزيرة ، غير القضائية والقضائية ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر في أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنح التقرير بالشراء عن الغير في البيوع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك في البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٥٥٠ هامش رقم ٣ ) .

(١) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صدرت أثناء الثورة الفرنسية ، ذكرت هذا البيع . وكان مبروراً في القانون الفرنسي القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمت تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء في فرنسا ( بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانويل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جورمان ٢ فقرة ١٠٦٢ ) .

(٢) فيما عدا الصورة الخاصة التي عرض لها تقنين المرافعات في المادة ٦٧٠ وسيأتي ذكرها - وانظر في جواز التعامل بهذا البيع في مصر جرائم كولان فقرة ٢٢٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٠٠ ص ٥٥١ .

(٣) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ .

(٤) ومن أجل هذا لا يجوز من تقدم للشراء وكيلاً عادياً ، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه ، إذ هي تقع مباشرة لموكله . بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء ، إذا أراد أن يكون وكيلاً ، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل المادى ( بودرى وسينيا فقرة ١٧٥ ) .

وهو في هذا ليس في حاجة إلى أن يتقدم بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه ، بل يكفي أن يدع الميعاد المحدد ينقضي دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر ، فيكون هو المشتري على وجه بات .

ويجوز له أن يتصرف في المبيع ، فيبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك ، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه ، لأنه لا يفعل ذلك إلا إذا كان مالكا للمبيع (١) . ولكن أعمال الإدارة - كأن يرم المبيع أو يؤجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه ، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير ، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يبتنى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢) .

**٩٧ - كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير : فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه ، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة.**

== وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف الملائقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي ترتب على هذه الملائقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جارية على إطلاقه . فان بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي ترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، ويقاوم العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا عمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا عمله بعد هذا الميعاد ، فالافتراض يزول ونزول همه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ في الهامش) .

(١) بودري وسينيلا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش ورقم ٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٦ ص ٥٤٦ .

(٢) بودري وسينيلا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - بلاهيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٤ .

وليس لهذا التقرير شكل خاص ، فيكفى أن يحظر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الثمن يزيد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة ، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات .

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه . فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري ، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه ، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الإعلان منه بيعاً حديداً إذا قبله الشخص الآخر (١) .

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذي اشترى له في الميعاد ، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر . وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصل منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحمل محل المشتري دون قبول منه . لذلك يجوز للبائع ، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً . فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك ، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً ، وتقع الصفقة له هو لا للغير (٢) .

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتختم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذي تم . فإن اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنقل الملكية فيه

---

(١) بوردى وسينيا فقرة ١٧٧ .

(٢) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية ، ولم تلحق الإجازة قبوله فأبطل ، وقعت الصفقة المشتري الظاهر ، وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن البيع نفسه يبطل ( بلانيرول وروبير وحامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ — الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٨٦ ص ٤٥٥ ) .

من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري (١).  
وقد يعلن المشتري ، لاشخصاً واحداً تقع له الصفقة ، بل شخصين  
أو أكثر ، فتقع الصفقة هؤلاء الأشخاص المتعديين (٢). وقد يستقي جزءاً من  
الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة (٣).

٩٨ - حكم البيع بمر التفرير بالشراء عن الغير: فإذا قرر المشتري  
أنه اشترى لغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو  
المشتري مباشرة من البائع ، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيلاً عنه (٤)،  
ولا يتقاضى إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد .

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري يطالب بها  
البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر . فيجوز  
للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبتسليمه إياه ، ويرجع  
عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون  
للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر .  
كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري .

- 
- (١) بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ .  
(٢) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعديين الحصة التي أعلنها المشتري ، فإذا لم يعلن هذا حصة  
كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية . ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما  
فهمنا ، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعديين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن ، وجب  
أن يكون مجموع ما يدفعونه جلياً معادلاً لثمن الأصل دون زيادة أو نقصان ، وإلا اعتبر التفرير  
يبساً جديداً كما سبق القول ( بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - ص ١٧٢ - بلانيول  
وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ ) .  
(٣) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن  
عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة ( بودري وسينيا فقرة ١٧٩  
ص ١٧٢ ) .  
ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى من اشترى له أجرة على الخدمة التي أسداها إياه ، ولقاضي  
الثبت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقته زيادة في الثمن الأصل ( بلانيول وريبير وهامل ١٠  
فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥ ) .  
(٤) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٢٠ .

فالبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشيء من ذلك . وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشتري الحقيقي أن يردده للمشتري الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع ، فانه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك . وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنايب في الشراء ، فان الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل (١) .

ويرتب على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلًا بالشراء عن المشتري الحقيقي ، أنه إذا أخذ أحد دائي المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه زولاً ضمناً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له . وإذا أخذ شقيق العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففي الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢ وفترة ١٨١ - بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في العقار المبيع بشرط اعتبار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع ، تكلها وتحه منها أحكام الشفعة . وحاصل =



## ٩٩ - صورة خاصة - تقرير الرأى عليه المراءى من الفير:

وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، أوردتها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ منه على الوجه الآتى : « يجوز للرأى عليه المراء أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، إذا واقعه على ذلك كل من الموكل والكفيل عند الاقتضاء ، وهذا يبرأ الوكيل وتعتبر الكفالة عن الموكل (١) » . وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية :

١ - ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ

== ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً فى حق المشتري الظاهر إلى أن يمل حقه فى اختيار الغير . وإذا كان إعمال هذا الاختيار يستند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور ، فإنه يكسبه أيضاً حقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يمل حقه فى الاختيار . ولما كان مقررراً بالمادة ٩٢ من قانون الشفعة ( السابق ) أن الشفع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إندار الشفعة ، فإنه إذا كان إندار الشفعة قد سجل قبل الإندار المعلن الشفع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء والذى قال فيه هذا المشتري أنه تنازل لم من بعض المقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء ، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميلاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد أصدره من قرارات أخرى مخالفة للقانون . والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، إذ الحقوق التى آلت إليهم بإعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إندار الشفعة لا تسرى على الشفع . فلا يحاج الشفع بشرائهم ، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لم دفع دعواه بأنهم أول من بالشفعة ( نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢ ) .

(١) وقد كانت المادة ٥٧٦/٦٥٨ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه « يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالى ليوم البيع ( فى التقنين المخطط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ) ، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين ، إذا صدق على ذلك كل من الموكل والكفيل ، وبذلك يخلو سبيله وتعتبر الكفالة من الموكل » .

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص الممنوعين من التقدم للمزايدة ، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون ( الأستاذ رمزي سيف فى التفتيح فقرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥١٧ ) .

بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق في قائمة شروط البيع . ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزااد في بيع جبرى دون شرط خاص بذلك .

٢ - المدة التي يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة في القانون ، وهي ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزااد على المشتري .

٣ - التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ، فيكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باعطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر ، فالأمر لا يمكن بتقرير في قلم كتاب المحكمة فإنه لا ينتج أثراً .

فإذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التي نحن بصدها الأحكام الأخرى التي قلمتها . فإذا لم يقرر الراسى عليه المزااد في قلم كتاب المحكمة في الثلاثة الأيام التالية لرسو المزااد أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجه بات . أما إذا قرر ذلك ، ووافق على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزااد كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كفالته للتوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزااد وأن من رسا عليه المزااد ضلام يكن إلا وكبلا عنه ، ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل ، وأصبح للأول دون الثاني كل حقوق الرأسى عليه المزااد ، وعليه كل التزاماته .

## الفرع الثاني

### الحل في عقد البيع

١٠٠ - لبيع محموره : الحل في واقع الأمر ركن في الإلتزام لافي

العقد . ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين ، فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن (١) ، لذلك يكون لبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

---

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملتزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وبشمل المبيع ، لمحل الإلتزام الأول هو المصروفات ، ومحل الإلتزام الثاني هو المبيع .

## المبحث الأول

### المبيع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها في المبيع . يجب أن يتوافر في المبيع (١) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، وهي أن يكون المبيع موجوداً ، وممياً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . وبضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

فنبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع .

### المطلب الأول

#### وجود المبيع

١٠٢ - معنى الوجود : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المحل يجب أن يكون موجوداً ، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . فإذا كان المبيع

---

(١) المبيع ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فتباع الدار أى بيع حق الملكية في الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . حل أن المؤلف ، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار ، أن يقال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ، ذكر الحق المبيع بالذات . وقد يكون المبيع حقاً ممتوياً ، كحق المؤلف ، وتنص المادة ٨٦ مدع على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنطهها قوانين خاصة » . وقد صدرت فعلاً قوانين خاصة تنطبق على المؤلف والبراءات والأسم التجارية ونحو ذلك .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥ .

غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل ، فالبيع باطل (١) . وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أيضاً باطلاً . أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع يفسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل ، كان البيع باطلاً . فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع ، جاز كما قلنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢) ، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية ، كالحصولات قبل أن تثبت ، بضمن مقدار بسعر الوحدة أو مقدار جزاء (٣) . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل يحقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية ، فالتنازع قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا

---

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فهي أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلاً . وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها ، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فيعيبها باطل . وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية ، فلا سمحها وجود فعل ، ويعيبها صحيح ، ولكن يرجع المشتري على البائع بضمان العيب الخفي ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيتها (دع باج ٤ فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٦٣) . وهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (بيدان ١١ فقرة ٧٦) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٤١٦ .

(٣) وقد كان التقنين المدني المخطئ (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انقضاءها والزرع قبل نباته ، ولم يرد في التقنين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بضمن مقدار جزاءً . وجاء التقنين المدني الجديد (م ١٣١) مزيداً لتقنين المدني الوطني السابق ، يميز بين المحصولات المستقبلية . وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نباتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المخطئ (م ٣٣٠) . وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونين الوطني والمخطئ (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٦ ص ١٩٦) .

معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتائج (١) .

وبيع الشيء المستقبلي كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبلي ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبلي رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبلي ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة (٢) .

وقد يقيد التباعد في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع الشرع قيوداً على بيعها .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلة نوعان . الأول يحازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الفرر ، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصيد ضربة شبكت . والثاني يحازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيته فقط ، كسواء الفهم الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا تدخل لأحد المتعاقدين فيها ( استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١ ) . وقضت أيضاً بأن البيع بامر الوحدة ليس احتالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ ( استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧ ) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويعتبر تماثلاً في تركة مستقبلية أن يعلن الوارث حوالة ما فركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت لمدة ومضاهة قبل وفاته ولا ينضمها إلا التاوين ( أنسيلو بدي دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩ ) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها  
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم .

### ١٩ -- بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حتى يحتمل الوجود ،  
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً  
(contrat aléatoire) ، فإن ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،  
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذي يقدم على  
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق  
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن  
حكم الحالة الأخرى .

### ١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني  
على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص  
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن  
الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » .

« ٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى لوقام  
في شأنه نزاع جدي » .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي :

« لا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي » :

- و (١) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزئاً بشئ واحد .
- و (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر .
- و (ج) إذا نزل المدين للدائن من حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته .
- و (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقاراً ويبيع الحق لحائز العقار (١) .
- وتقابل هذه النصوص في التفتين المدنى السابق للمواد ٣٥٣ - ٣٥٥ / ٤٤١ - ٤٤٣ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية . وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بعد عبارة « قد نزل عنه صاحبه » لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم جلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ ( مجموعة الأعمال التضيرية : ص ١٩٥ - ١٩٧ ) .

م ٤٧٠ : ورد هذا النص في المادة ٩٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد ، عدا فروقاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع التالى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٠ ( مجموعة الأعمال التضيرية : ص ١٩٨ - ١٩٩ ) .

(٢) التفتين المدنى السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : إذا باع شخص مجرد دعوى يدين أو مجرد حق ، فلا يكون مسئولا من وجود الدين ولا من وجود ذلك الحق .

م ٤٤٢ / ٣٥٤ : إذا بيع مجرد دعوى يدين أو بحق على الوجه المبين في المادة السابقة ، أو كان أصل الدين متنازعا فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بفضه بمشترى الثمن الحقيقي الذى اشترى به وفرائده والمصاريف المتصورة .

م ٤٤٣ / ٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في الشركة إلى شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه ، أو أسقط المدين لدائنه شيئا في مقابلة دينه ، أو اشترى مشترقا متنازعا فيه من أجل حصول دعوى .

وأحكام التفتين السابق تنطق مع أحكام التفتين الجديد ، إلا أن التفتين السابق كان على قدر من النصوص في إيراد حالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلا الحالة الأولى من هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزئاً بشئ واحد ، وهو بعد ذلك يوم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقا شطبيا : انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التضيرية : ص ٢٠٥ .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٨ - ٤٥٩ - وفي  
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٣ - ٥٩٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
الليثاني المادة ٢/٢٨١ (١) .

وبمخلص من النصوص المتعلقة الذكر أن بيع الحق المتنازع . ينقل الحق  
كما هو - متنازعا فيه - إلى المشتري . والمشتري هو الذي يتحمل تبعه مصير  
التنازع في شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له ،  
ولما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول . فالبايع إذا باع حقاً  
متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق (٢) ، وإنما هو يبيع مجرد ادعاء .  
ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته ، فيكثر  
أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه ، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق  
ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق  
ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشتري لحق متنازع فيه مضارباً يأمل الكسب ،

---

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٧ - ٤٣٨ (مطابقتان  
المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ سوري لم تورد لها لالة  
الأخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ -  
فقرة ٢٨٩ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني  
المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين  
المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن اللدنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٩١ -  
الأستاذ عباس حسن الصفوان ص ٦٠٥ - ص ٦٢٥ ) .

تقنين الموجبات والعقود الليثاني م ٢/٢٨١ : يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى  
الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المدينون الذي تفرغ المدين عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ  
خاصة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ .  
على أنه لا يمكن التخلّص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع  
عليها ، كأن يكون وارثاً مع التفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .  
( والتقنين الليثاني أقرب إلى التقنين الفرنسي منه إلى التقنين المصري ) .

(٢) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة حر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧ .



فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قلنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والقوائد. أما في الحالات الاستثنائية التي تنفي فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد (١).

فنبحث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي ترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعا فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعا فيه. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جلي ». فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعا فيه، ويمكن أن يقوم في شأنه

---

(١) وينهب بودري وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكن وحدها لغير حق الاسترداد من المضارب، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمهازبتها. وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتصف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير، إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به حل حقه فينبغي لمن هو أقدر منه حل ذلك، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده كله لولا هذه المضاربة. وإعما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المراهبين، هي وضع حد للمنازعات والقضايا. فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين من اشتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة، ولم يخسر المشتري شيئاً فقد استرد ماله، والقانون ينشئ دائماً نفس المنازعات أو تقليلها بقدر الإمكان (بودري وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤).

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري، فإن الأمر يقول إلى وضع شيء بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكان المدين دفع لصاحب الحق - من ماله المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفرض النزاع. فالأمر في صوره استرداد، وفي حقيقته ضرب من الصلح.

زراع جدى (١). وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفضت به دعوى يكون حقاً متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢)، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التفنين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعا فيه إلا إذا رفضت به دعوى ، وفى فرنسا نص التفنين المدنى الفرنسى (١٧٠٠م) يحمل هذا المعنى شعبياً . أما نص التفنين المدنى المصرى الجديد فنصريح فى المعنى المذكور الإيضاحية للشروح المتهدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٤ . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه حل محال القضاء ، فى فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يمكن أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازعا فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفضت به بهم ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) — وصحوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فتصبل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) — والنزاع فى تأييدات الحق لا يجعله حقاً متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يحمل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى برامة اختراع لا يحمل المتجر متنازعا فيه إلا إذا كانت هذه البرامة هى المنصر الجهرى فى المتجر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) . ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا عقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكورة الإيضاحية للشروح المتهدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين محتازا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائما بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصومة أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها متصبا حل أصل الحق (la fond de droit) ؛ أى متعلقا بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو القسوط بغير المدة . فكل المراتب التى تترتب السداد بفعل المدين ، كالبيع بعدم الاعصاص أو بعدم وجود صفة المدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتقضائه أو بمداه أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بغير موضوع يرمى إلى رفضه نهائيا كالبيع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الاجتهاد بطريق من طرق الطعن الاحتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الطعن الاحتيادي مفتوحاً ولو لم يضمن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انقسم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يضمن فيه بطريق غير احتيادي كالنقض والقاس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاحتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بضمن غير احتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي يتزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انقسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجر الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نزع فيه بعد ذلك لم يجر الاسترداد كذلك (٢) . ويسوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، متقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدي حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدي عليه وهو الحائز للعقار حتى المدي برده له ضمن والمصرفات والقوائد . أما إذا كان البائع هو المدي عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يميز للمدي حق الاسترداد ، لأن المحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدي عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدي حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو التسبب فيها (٣) .

(١) مجلة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الحماية ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبري ورو ٥  
فقرة ٣٥٩ مكررة وإها ص ١٨٠ — بوردو وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريير وحامل ١٠  
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبررة في حوالة الحق المتنازع فيه بنهاية النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلان  
الدين (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وإها حاشي رقم ١٦ — بوردو وسينيا فقرة ٩١٧ —  
بلانيول وريير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل الدين حوالة حق ينزاع فيه وكان قبله  
دون تحفظ ، لم يجر الاسترداد .

(٣) أنظر من قرائ الأول جوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ وإها  
حاشي رقم ١٥ — بلانيول وريير وحامل ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الحلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١). أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض ، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المئرد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المئرد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

== وحامد زكي فقرة ٦٠٨ — وانظر من الرأي الثاني بودري وسينيا فقرة ٩٣٨ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان لا يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — هذا إلى أنه لا يوجد مقابل الحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يئرد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصده أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابضاً هامش رقم ١٤ — بودري وسينيا فقرة ٩٣٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٩٣٣ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ — الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ — عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جبرار ٢ فقرة ٨٩١ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابضاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ — بودري وسينيا فقرة ٩٣٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ — وقارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٢ — الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٦ — وانظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعى أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه ينازع فيه المدين ، فلو أن صاحبي الحق المتنازعين اصطلاحاً فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه ، فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شيء في مقابله (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بشئ واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بمحضه من الثمن (٢) .

١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :  
(١) إعلان المدين لإرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلن المدين (٢) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٤ - بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٩٢٠ هامش رقم ٤ .  
ويمكن إيراد مثل آخر للصالح حل التمر الآتي : دائن يألف وله مدينتان مضافتان يتنازعانه في الدين ، فاصطاح مع أحدهما حل ثمانية وثلاثين منها . فإذا رجع المدين للمدين الثاني في الدين على المدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصة في الدين - وهي خمسة - بما يقابلها في مبلغ الصالح بأربعمائة . وقد وصل للتفتين الثاني الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فحصل للمدين المضامن الآخر أن يستفيد من الصالح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه حل أنه « إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين التضامنين وتغيب الصالح الإبراء من الدين أو برائة اللقطة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون » .

(٢) بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .  
(٣) وإذا كان هناك مدينون مضافون ، جاز لكل منهم أن يحصل حق الاسترداد ، ويرجع حل الباقين كل بقدر حصته ( بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣ ) - ويجوز خلف المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد ( بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢١ ) . ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد .

كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن. قدر رفع الدعوى يطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين يطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن لإرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين لإرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قلنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري ردّاً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن وفوائده من وقت النفع والمصروفات ، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

---

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانتقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقرم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها ( استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودي وسهناي فقرة ٩٤٠ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ ) .

ولقد نصت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني ( قديم ) لا تحول المدين الحق في استرداد الدين المبيع يعرض الثمن لم المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلًا بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس ( نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧ ) .

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازعاً فيه ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢ ) .

(٢) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى طيه يطلب فيها الحكم بصفة الاسترداد .

لذا تم هذا الرد أو العرض (١). ذلك أن نص القانون (١/٤٦٩ م) منفي صريح في أن المتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع . ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلي أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلي أو تنازع في صحته . والذي يجب أن يدفع فعلا أو يمرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتي : (١) الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ «الحقيقي» التحريم من الثمن الصوري الذي قد يذكره المتبايعان في عقد البيع ، فيزدان من الثمن الحقيقي حتى يمتعا المدين من الاسترداد أو يجعل الاسترداد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور في العقد ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع . والمراد هنا القواعد بالسعر القانوني - ٤ - في المسائل المدنية و ٥ - في

---

(١) بودري وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابياً ص ١٨٠ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٣ - الأستاذين أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً لوفاء بالثمن ، فلمسود أن يستفي من أجله ، ولكن القضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ . وإذا باع المشتري الحق قبل استكمال حق الاسترداد ، فالمتنازل ضده يستصل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذي اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذي دفعه المشتري للبائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقدرة قانوناً يجب أن يستصل في خلالها ، فيجوز استهلاك هذا الحق في أي وقت إلى أن يحسم الفراق في شأن الحق . وعند استهلاكه يوجه لمن كان الحق مستقلاً إليه وقت الاستهلاك ، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً به ذلك (بودري وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك نهض المسترد المشتري الثاني الثمن الذي دفعه المشتري الأول للبائع : ديولوسب ١٦ فقرة ١١٠ - جوار ٢ فقرة ٩٠٢ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابياً عاشر ٣٢ مكرر ثالثاً) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقى فيها محروماً من الثمن لا ينفع به . وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان ديناً ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سترى . (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم القفصة والسمرة وأنعاب المحامى وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذى رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها ف يرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذى باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

#### ١٠٧ - مؤنار التي ترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعنى أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل معناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغيبه (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالة في الثمن ، لم يمكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦-٤٠٧ ) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إل آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه في الاسترداد ( أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ في المالح ) . أما إذا =



والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : ( أولاً ) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . ( ثانياً ) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . ( ثالثاً ) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازل ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط المحجوز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقض بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالتمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد

---

== احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترده ( استفتاء مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الجمعية للجمعية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١ ) . وإذا حول المدين عليه في جريمة سقه في التضييق إلى آخره ، جاز للمدين أن يسترد الحق مع بقائه منكراً ارتكابه الجريمة ومنكراً استحقاق المدين عليه للتضييق ( هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسينيا فقرة ٩٥١ ) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتري ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بالتمن الذي دفعه هذا المشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبائع ( انظر آنفاً فقرة ١٠٦ في الخاتمة ) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

عمل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري يجمل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدعي بالحق المتنازع فيه البائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهبه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينتقل الدين إلى المسترد فينقضي بانحقاد الذمة ، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

---

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨٢ — بودري وسينيا فقرة ٩٥٥ — هكس ذلك بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقول الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكليفه على أنه شراء لغيره من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك بانحقاد الذمة . وإذا كان الحق عينياً ، فاسترداده يكون شراء فيه متى الصلح » ( مجموعة الأعمال التشريعية ص ٢٥٥ ) . والصحيح ما قررناه . انظر في سنن المذكرة الإيضاحية الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

وقرر الأستاذ عبد المنعم البدراوي فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يندر أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستلزم البائع مطالبة المسترد بالتعويض بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدنية أي المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يجبر أنه تلقى حقاً من المشتري فيحصل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كان —

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد ، بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فإنه لا يكون ملزماً بشيء نحو البائع ، بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

#### ١٠٨ - الحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان

حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استغلال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ ملغى ، كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يبيع جزئاً

---

== يصدد حوالة أو زوال النزاع الذي ثار حول الحق المبني على التنازل . ولهذا إذا تعلق الاسترداد بحق مبني عقارى ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظراً لطبيعة الحصة لتليز استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع ( التنازل ) ولا لمشتري ( التنازل إليه ) لأننا يصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه . ( الأستاذ عبد المنعم البهناوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨ ) .

(١) بودرى وسينا فقرة ٩٤٤ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .  
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدعيه المشتري قبل مدعيه الدين وهو المسترد . ويذهب الفقه في فرنسا ، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسي القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة على المسترد ( بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - كولان وكايتيان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - الأستاذ أحمد نجيب الغلال وحامد زكى ص ٦٢٧ هامش رقم ١ ) . ونرجع الرأي الذى ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البهناوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة ( فقرة ٤٠٩ ) وقد سبق الإشارة إلى ذلك ) ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص ، ولا يوجد نص هنا يحيل البائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهي مذكورة على سبيل المحصر ، ففى غيرها يجوز الاسترداد دائماً ( لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودرى وسينا فقرة ٩٦٠ ) .

بشمن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فتتعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صنى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (٥) ، وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرضنا أن حقاً متنازعاً فيه يملكه شخصان في الشروع ، إما لأبهما وورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٦) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذي نحن بصدد ، فهذا الاستثناء يقتضي

---

(٥) أو شركة ( بلانيرول وروبير وعامل ١٠ فقرة ٢٢٢ ) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق مملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنقضي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ أنه في الحالة نحن بصدد - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فوق انتهاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المنازعة والمقصود ، إذ أنه لا يؤدي إل أكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر بصيبه المتنازع فيه مستمراً في الخصومة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً عنهما يكون هو المتصرف (١) .

٣- إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء الدين المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازحاً فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائته وفاء بالدين الذي في ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفى حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف ، فيوفيه حقاً متنازحاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فوفاهما بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soultte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة الآلاف ، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجملها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) يهودى وسينيا فقرة ٩٦٤ .

(٢) ولكن قد يبعد الطرفان إل التحاليل ، فيثبتان ديناً سوريا لأحدهما على الآخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أغنيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه يتقل عقاراً ويبيع الحق لحائز العقار .  
والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازعا فيه . وباع  
المدين العقار المرهون من آخر ، فالحائز للعقار وهو المشتري يكون مستولا  
عن الرهن الذي يتقل العقار وله حق التطهير ، ولكن إجراءاته معقدة وهو  
غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى  
يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو  
المدين الذي باع العقار - الاسترداد في هذه الحالة ، فان الذي دفع حائز العقار  
إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب  
إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة  
آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ،  
ثم اشترى الذين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمنائة ، فانه يرجع على المدين  
وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمنائة  
بدلاً من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستفيق  
ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمنائة ، لم يجوز للمدين  
بائع العقار أن يتسكك بحقه في الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين  
ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمنائة (٣) .

(١) بودي وسيتيا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٣ ص ٤١٠ - جوسران ٢ فقرة ٨١٥  
ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٤١٠  
ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

ويورد التفتين المدنى الفرنسى ، وعلى غرارهم أورد التفتين المدنى المصرى السابق ، لتقرير  
هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها في وضوح غرض المشرع : أنظر في نص  
التفتين المدنى الفرنسى كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفي مثل مناسب لعبارة التفتين المدنى  
المصرى السابق وهي عبارة غامضة الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٦١٦ .

(٣) أنظر في الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة  
الأعمال الصغيرية ٤ ص ٢٠٤ .

## ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لمال القضاء

١٠٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧١ من القانون المدني

على ما يأتي :

ولا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأثمانهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا .

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي :

ولا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأثمانهم أم باسم مستعار ، وإلا كان العقد باطلا (١) .

وتقابل هذه النصوص في القانون المدني السابق المادة ٢٥٧/٣٢٤ (٢) .

### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في القانون المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقم ٤٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٥ - ص ٢٠٢ ) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في القانون المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ وص ٢٠٦ ) .

(٢) القانون المدني السابق م ٣٢٤/٢٥٧ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء المحفزة التديبوية وكتابة المحاكم والمحضرين والأفركانية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون وظيفتها من خصائص المحاكم التي يعمرون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفي هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلاً ، ويجوز بطلانه بناء على طلب أي شخص له فائدة في ذلك ، ويجوز المحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . =

وتقابل في التصنيكات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -  
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
البناني المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - بيع لعمال القضاء وحق الاسترداد : ونرى من ذلك أن  
بيع الحقوق المتنازع فيها خاصة أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع  
فيه يجعل للمدين حق الاسترداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان  
أحدًا من عمال القضاء - وبالتحديد أحدًا ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون  
باطلاً ، ومن ثم لا يكون هناك عمل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل .  
وقد ربط التقنين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

= ( والأحكام مضطفة في التقنينين . ولم يرد في التقنين السابق نص خاص بتماثل الماهي في  
الحق المتنازع فيه إذا كان وكيلًا من صاحب الحق ، ولكن المادة ٢٥٧/٢٢٤ كانت تعتبر كفاية  
لتحريم شراء الماهي الحق أو جزءه ، ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان الماهي يأخذ بمقابل  
أتمناه جزءًا من الحق المتنازع فيه ) .

(١) التصنيكات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان  
لمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني المصري) .

( وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ محطى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٦٠ - ٤٦١ (مطابقتان لمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني  
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان لمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني  
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القفقرن فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٩ -

والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦١١ - فقرة ٦١٢) .  
تقنين الموجبات والعقود البناني م ٣٨٠ : إن القضاء والمهامين والكتبة المتضامنين ومطربهم  
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والمداخلة في حيز  
اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يملكون  
أشخاصًا مستعاريين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

( والتقنين البناني يفتق في مجموع أحكامه مع التقنين المصري ، إلا أنه أفضل للنس على إضنا  
أعضاء النيابة والمضربين كما أغفل النص على تحريم تماثل الماهي في الحق المتنازع فيه الموكلون إليه  
للدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران أسبا مساعداً ) .



فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرض الحق الاسترداد في مكان والبيع لهال القضاء في مكان آخر ، وبعده ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما يتطوّر على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق للتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدرج مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكل الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجائر ، فإذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فإنه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازحاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء اللمة غير شرائه للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « ويبيع المحق المتنازع فيها على هذا النحو له خاصيتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لهال القضاء الذين يقع في اختصاصهم فصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لتبر حال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد المشتري الثمن والمصروفات والقنوات . وقد ربط المشروع حائتي التماسين إجمالاً بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٢٥٤ - ٢٥٥/٢٥٥ - ٤٤٢) من موضوع تحريم بيع لهال القضاء (م ٢٢٤/٢٥٧) » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٢) .

وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على حال القضاء . لهذا باع الدائن حقاً متنازحاً فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً حلقياً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بفتح الثمن والمصروفات والقنوات . أما العكس فيجائر ، ويكون لهال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه للدائن » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان بقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرسى بقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وحاشي رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي بقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور بقرة ١٢٤ ص ٢٨٢ - وانظر عكس ذلك : أوبري دور ، بقرة ٣٥٩ رابهاً حاشي ١٢ - جيولر بقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي بقرة ٢٢٩ .

وخلص مما تقدم أن القانون ينظر في رية إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في القليل ينطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الحزاء على ذلك حقاً في الاسترداد يعطيه المدين . فإذا زادت الرية وكان المشتري هو أحد عمال القضاء يشتري حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزء على ما تقدم ، إذ الشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تصل إلى حد استغلال التثؤذ ، ومن ثم كان الجزء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكل إلى أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ماهو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزء على شرأهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

---

(١) ولكن لا يمنع على حال القضاء بيع حق لم يتنازع فيه ، لأن البيع بمكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويبيد عنهم الشبهات ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢ )

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد من حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شرائه على حال القضاء ، ومن ثم يمكن ليكون الحق متنازعا في في الحالتين أن يقوم في شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء ( قانون الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩ ) . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) التي تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد صلايتها اشتراط أن يكون النزاع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري ، سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرحه به . وإذن فلا يمكن لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتلاً أن ترفع بشأنه دعوى . وبحكمة الموضوع ، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي انتهت بقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) أو عدم توافره . وإذن فصلها في هذا غايص لرقابة محكمة النقض ( نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٤ مجوعة ١ رقم ١٧٨ ص ٣٨٩ ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع للمدعى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدني ( ٤٧١ جديد ) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التصالح ، فكل نزاع يحده أو ينشأ به التصالح لأسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت في حساب المتعاقدين وقت التصالح لا يصح أن يكون حائلاً دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون ( استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجوعة الرسمية ٤١ رقم ٨٢ ) .

### ١١١ - المشورة للحقوق المتنازع فيها : المحظور عليهم الشراء

هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبه المحاكم والمحضرون . وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدني على سبيل الحصر ، فلا يجوز القياس عليهم ، ولا يمتد المحظر إلى الخبراء (١) و مترجي المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابه وفراشها والحراس ورجال الشرطة وأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللفظ أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على القاضي يتسع أو يضيّق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تتبعها محكمته (٤) ، على أن يكون للمدين حتى الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدين فى الجدول (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢م

٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهي فى مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٠٥ .

(٣) ولا يدخل مستشارو الرأى والقرّير فى مجلس الدولة والأعضاء القنصلون بمدين القنصلين والموظفون القنصلون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المحكون ، هؤلاء لايسون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية كلها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها ، بل هى محاكم منفردة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً فى المحاكم الكلية ثم ينتهون للعمل فى الجزئيات ( استئناف مصر ١٣ يولييه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤٦ ) .

الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يقسم النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكته ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشترى أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتيالات التي قلمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة . ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التكوين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد . ومنهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أبرهي دود ، فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بوردو وسينيا فقرة ٢٦٠ - مكس ذلك مارككاف م ١٥٩٨ فقرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأي إلى قصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محامياً من أحد المتنازعين ( الأستاذ تقي زغلول ص ٢٢٩ ) ، وقبض رأي آخر إلى قصر المنع على المحاكم التي يتنازع فيها المأوى بصفة مستمرة ( الأستاذ حلي ص ٩٠٢ ) أو المحكمة التي يباشر عمله فعلاً في دائرتها ( الأستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ - ص ٤٣ ) ، غير أن هذه الآراء يبررها ست من القوانين ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٢٥ حاشي ٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٣ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٩ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ١٢٥ ص - ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٢ ص ٢٨١ ) .

وكتبه الحاكم ينلرج فيهم كتاب الجلسات ، وغيرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقييد وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالخطر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كللك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالخطر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة .

ويلاحظ أنه يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعا فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضى بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدى وقت أن اشتراه عامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء حالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق ، أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - **جزاء الخطر** : ولا شك في أن جزاء الخطر بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ، فالنص ( م ٤٧١ مدني ) صريح في هذا المعنى . ولا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً لقواعد المقررة

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المالك لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه ( ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ العامة ٥ رقم ٢/٢٦ ج ١٩ ) .

(٢) كأن يشتري باسم زوجته أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز إثبات الشراء باسم مسماة بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والعهود اللبناني ( م ٣٨١ ) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مسماة ( انظر آتفاً فقرة ١٠٩ في المادتين ) .

في البطلان (١). ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويرتّب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً ، ففى القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

### ١١٣ - تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التشريع المدني ( م ٤٧٢ ) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكفي لتحريم شراء المحامي حقاً متنازِعاً فيه لموكله . بل إن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

(١) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايضة كما يسرى على البيع ، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايضة تسرى عليه أحكام البيع ( انظر الأساط منصور مصطفى منصور ققرة ١٢٤ ص ٢٨٢ ) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف المثلث ، ولكن هذه النظرية القديمة قد عبرت ، وما دام البيع باطلاً لا يرتب عليه أثر فانه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء الحق المتنازع فيه : دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التشريع المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ ققرة ٦٢ - جوار ١ ققرة ١٤٠ - هيك ١٠ ققرة ٥٥ . ومن القائلين بالقابلية للإبطال : ديمولومب ٢٩ ققرة ٦٩ - أوبري دور ٥ ققرة ٣٥٩ راجعاً ص ١٧٥ وحامش ٩ - بودي وسيليا ققرة ٢٦٦ - بلايول وديور وحامل ١٠ ققرة ٣٢٧ - بلانويول وديور وديور لانجيه ٢ ققرة ٢٢٢٧ - جوسران ٢ ققرة ١٠٣١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أصيق ، لأنها تشترط أن يكون المهاي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تقضي بأنه متى كان المهاي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقايض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الاتفاق على التقاضي . والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه في استخلاص حقه غير كبير ، وبجمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبواً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلائعاً مطلقاً ، ويستوى أن يتعامل المهاي باسمه أو يتعامل باسم مستمار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المهاي تقدير أتعابه ، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفق على التقاضي (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المهاي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المهاي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التقنين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الآي يحرم

(١) أما تعامل المهاي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون على مؤاخذه تأديبية ( انظر الأستاذ سليمان مرعس بقرة ١٠٧ ص ١٤٩ ) .

(٢) استئناف مخطط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً عاماً لبيع الحق المتنازع فيه لمحال القضاء ، هو التطبيق الكثير للوقوع في العمل ، وهو تعامل المهاي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى النزاع » - *pacte de quota litis* - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره . وسواء تعامل المهاي باسمه أو باسم مستمار : ٦٣٨ من المشروع وهي منقولة عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٣/٢٣٢ ، ولا نظير لها في التقنين الحالي ( السابق ) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المهاي في الحق الذي كان متنازعا فيه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ ) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ - استئناف مخطط ٢٩ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان ==

على المالكين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

## ٢٤ - بيع السلم

١١٤ - السلم في الفقه المسمى : لما كان بيع المعلوم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبني أنفرد لهذا البيع نصواً خاصة ، فالتنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء وسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري السلم أو رب السلم ، والبائع السلم إليه ، والمبيع السلم فيه ، والمؤمن رأس المال . وترى من ذلك أن السلم هو بيع المعلوم ، وخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعلوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن السلم

---

== أحمد نجيب الهملاي وحامد زكي فقرة ٢٢٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٧ ص ٤١٦ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشتمل على نص صريح في تحريم تعامل المالك في الحق المتنازع فيه الوكيل في النزاع بشأنه ، فقد اشتمل قانون الحامدة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا النص ، إذ تنص المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له حل كل حال أن يحتاج كل أر بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يفتق حل أخذ جزء منها نظير ألتابه ، أو حل أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وحل كل حال لا يجوز له أن يفتق انتقالاً حل الألتاب من شأنه أن يحمل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المالك في الحق المتنازع فيه تطبيقاً المادة ١٥٩٧ مدق فرنسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدق مصري ( يودوي وسبها فقرة ٢١٨ ) .

(٢) البدائع للكشاف ٥ ص ٢٥١ - ص ٢٥٥ .



شروطاً وقبولاً نخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعلوم ، وتكسبه صفة خاصة تجعله استثناء مقيداً في حدود ضيقة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة مقبة وسط أو تمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبق بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في الكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجزر والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعات كالتياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والألآل والجلود والبطيخ والقشء والسمرجل والرمان ونحوها ، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبق بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتميين ، فإن لم يكن كالدرهم والدنانير ، لم يجز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتميين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - البائع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضي إلى المنازعة لأن السلم يبيع الغائيب ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى المسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ماله عند الإنسان إلى الحل بمعارض حظر العلم ضرورة الإفلاس ، فعالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على التزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه والبن وأشياء ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وعمر برني وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لاهن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى التسبئة بالنسبة . وبشرط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين وإنه جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والتأخر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما تقدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعرض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكان السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقطع ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمرة جلة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لباحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ والطبيخ والقتناء والرمان والسفوفل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

سلم عند الحنفية قال السلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعلوم في الحال ، حتى لو ثبت أن السلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم في التقنين المدني المصري . وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقلة وبيع المكيلات والموزونات والمدينيات المتقاربة والمتفاوتة والمذرووعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، ما دامت توجد في المستقبل . والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من المدينيات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتمل من الغرر ما لا تحتمله مبادئ الفقه الإسلامي .

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم *vente à livrer, marché à terme* ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسخرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع

---

(١) ظهر أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لا يمكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعلوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه يحقق الوجود في المسأل . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي ، كما رأينا ، شوطاً في محو هذه القيود . فمذهب مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال مبيعاً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك والتشاضي عدم انقطاع السلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يسمح السلم في المعلوم إذا غلب على الثمن وجوده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالنقطة التي لإزالة مستحياً ، في مختلف المذاهب ، هو شرط تمجيل الثمن ديناً ، ويضاف إليه أن الأجل يسقط بموت البائع .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه بيع الغالييس . ففى الصفقات الآجلة (marché à terme) يظلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق فى الأسعار ، فتنهى الصفقة لا إلى التسليم عينا بل إلى دفع الفرق ، فان ارتفع السعر دفع البائع الفرق، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . ويعد البيع على هذا الوجه فى بورصة مرخص بها ، ويحصل بواسطة ممارسة مقيدة أساليبهم فى قائمة تحورها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسمرة (١) . أما بيع السلم فى الفقه الإسلامى ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون فى حاجة المال قبل أن ينتج سلته فأخذه من الغير فى مقابل أن يورد له السلعة فى أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهى الحصول على مال عاجل فى مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهى فى الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦- السلم فى القانون اللبناني : وقد أوردتقنين الموجبات والعقود اللبنانيان نصوماً خاصة ببيع السلم ، تحظى فيها القيود التى أسلفنا ذكرها فى الفقه الإسلامى ، إلا قيد تعجيل الثمن فانه استبقاء ، وأضاف إلى أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم ترد قيمته على النصاب المقرر للينة والقرائن .

فخص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن « بيع السلم هو عقد بمقتضاه سلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة فى موعد يفتى عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة » . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه « يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد » . وإذا لم يمين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف فى تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبنانى) . وإذا لم يمين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبنانى) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكيله كالمواد الغذائية ، فان كان عاماً لا يبعد ولا يوزن فيكنى أن يمين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبنانى) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجارى - الاستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من يروح الاتان ، خاصة أن المبيع لا الثمن هو المرجل .

ثم تنص المادة ٤٩٢ من قانون المبيعات والعقود على أنه «إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعده به ، فلمشتري أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية . وإذا عرض البائع في السنة التالية الشيء المعقود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة » .

## المطلب الثاني

### تعيين المبيع

١١٧ - كيفية تعيين المبيع : قلنا عند الكلام في تعيين المثل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ٤١٩ مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح المحدث من الصنف

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بالألا ضرورة لذكر حدود الأطنان مادام للمتقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطنان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ للتراث ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأنه يمكن لتعيين الأرض المبيعة ذكر الناحية والمعرض ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .  
(م ١٥٠ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فإذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده ( م ١٣٣/٢ مدني ) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو للمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يقتصر التمييز على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشتري ( م ١٣٣/٢ مدني ) (١) .

وزي مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزافاً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المال كما في بيع التركة . فتبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة .

## ١٥ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure—vente en bloc)

١١٨ - كيف يكمونه البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من الكماليات ، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً . فإذا باع شخص

(١) وقد كان المشروع التهديد بالتعنين المدى الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٥٨ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : إذا لم يتمين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تعيناً كافياً ، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً . ويقابل هذا النص المادة ٢٦١/٣٢٨ من التعنين المدني السابق ، وكانت تجري على الوجه الآتي : إذا كان المبيع معيماً بالنوع فقط ، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقرر أحدها مقام الآخر ، وكان المبيع معروفاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً . ولا فرق في الحكم بين التعيين وقد حذف نص المشروع التهديد في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ في المالحش ) .

من آخر مائة أقة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع ستنين  
أودباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو مائتي ذراع من القماش  
فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير  
عن طريق العدد .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس  
أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً  
أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن  
هناك اتفاق اتبع العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب  
فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع — الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد —  
واقعاً من البائع أو نائبه بمحض من المشتري أو نائبه (١) .

#### ١١٩ - كيف يكمه البيع الجزاف - نص قانوني : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير  
بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر  
أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ،  
فان البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جزافاً .

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

---

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدي  
دالوز • لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تبناً لعرف أن يكون إثبات إفراز  
المبيع بوضع علامة على أكياس القطن مثلاً . وتكون مهر وفات الوزن والكيل والمقاس والعدد عادة  
على البائع ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦ ) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان محتمة (القيبان) وجرى  
العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى عامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع  
والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى عامل النقل ، وهذا عالم يشترط المشتري أن التسليم  
لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من عامل النقل . أنظر في هذه المسألة : أوبري ورو •  
فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانياً — بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠  
فقرة ٣٠١ — أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ٨٥٣ — فقرة ٨٦٠ — الأستاذ  
عبد النعم البدراوى فقرة ١٦٥ .

أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالخزن (١).

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى الخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما فى الخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى الخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان ستعرض لها فيما بعد .

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنهات ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى الخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يبين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى الخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا رأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والبلى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير متعلم ويكتفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤) . وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف ، فنصت

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - بلانيول وويبير وحامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ -

ص ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ حاشى ٤٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور

سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جيل للشرقاوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٠ - شين الكوم

٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مخطوط ٢ ديسمبر

سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع تزل تقدير الثمن

تكون هل البائع ولا تنقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن القائلين بهذا =



**المادة ٤٢٩** منه على أنه « إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا على تقدير المبيع » (١).

== الرأي : حاركاويه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ فقرة ١ - فقرة ٣ - هيك ١٠ فقرة ١٨ - بودري وسينيا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأي الثاني ، فقبل تقدير الثمن يحصل المشتري ثبته الهلاك في القانون الفرنسي دون القانون المصري، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في القانونين. ومن القائلين بهذا الرأي : أوبري ورو ه فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ وحامش رقم ٤٣ - جيوار ١ فقرة ٣٠ - بيدان ١١ فقرة ١٦١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكابيتان ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٣٣ . والقضاء الفرنسي أخذ بمد تردد بالرأي الثاني ( انظر الأحكام في بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنيسكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفقرة ٨٥١ ) .

وهناك رأي في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافا والثمن هو الذي يحتاج إلى تقدير، فملكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، ولكن ثبته الهلاك تكون على البائع وفقا للمادة ١٥٨٥ فرنسي فهي تجعل ثبته الهلاك على البائع في المبيع بالتقدير ولا تعرض لانقضاء الملكية ( ديرانتون ١٦ فقرة ٩٢ - ديقرجيه ١ فقرة ٨٣ وما بعدها - لوران ٢٤ فقرة ١٢٩ - كوليه دي سانتير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانيا ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٩ من المشروع المهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - ينقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقا للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معينا بالذات . أما إذا كان الشيء لم يبين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقا للمادة ٢٨١ .  
٢ - إذا كان البيع جزافا ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافا حتى لو كان واجبا في تحديد الثمن أن يقدر المبيع . وفي لجنة المراجعة خلفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وأصبحت المادة ٤٤٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤ - ص ٤٦ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :  
« إذا كان البيع جزافا فيعتبر تاما ولو لم يحصل وزن ولا عدولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١ / ٣٠٧ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : أما إذا كان البيع ليس جزافا ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس ، فلا يعتبر البيع تاما ، بمعنى أن المبيع يبق في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يمد أو يقاس - والمادة ٣٣٨/٧٦٨ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :  
لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين المدني السابق وقع فيه غلطان : ( أولا ) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا يبق في ضمان البائع إلا إلى وقت القرض ، والصحيح أنه يبق في ضمان البائع إلى وقت التسليم . ( ثانيا ) قرر أن المبيع المعين بالنوع =

وزى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في غزنه أو من أى قمح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيهة جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذى في غزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيهة جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

## ١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففى بيع الجزاف تنتقل

== لا تنتقل ملكية إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالعقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .  
وعقيل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وحى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى ( وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧ ) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وحى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١ ، ويجرى على الوجه الآتى : إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يمين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز ( والحكم واحد فى التقنين العراقى والمصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ حسان حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦ ) - وفى تقنين الموجبات والنفود البنائى المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ - إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه بمثل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً بعد تأملاً منه اتفاق المتعاقدين على البيع والثمن ، وإن لم يحصل وزن أو حد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الانقضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالحد أو بالقياس ، فإن المبيع يبنى فى ضمان البائع إلى أن يتم الوزن أو الحد أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . ( والأككام حدة فى التقنين البنائى المصرى ) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزنا أو كيلا أو مقاساً أو عدداً على الوجه الذى قدمناه. فالإفراز لا البيع هو الذى ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالذات، ولا يمتنع المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختطان إحداها بالأخرى، ويبدو أن الذى ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذى في غزنه، سواء بسمه إجمالاً أو بسمه الوحدة في هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في الحزن إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسمه إجمالاً أو بسمه الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - كبيع قطع من الغنم أو مساحة معينة من أرض - تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع لكون المشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض معدة للبناء من مجموع أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما في بيع ألف متر على تقدير من قطعة أرض معينة (استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٢ ص ١١٩)، فلا تنتقل الملكية إلا به الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية، ص ١٥ في الهامش. (٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزأين مرتين متتاليتين لشخصين مختلفين، فالبيع الأول هو الذى ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزأين، وبهذه جنس القطن ولكن قبل أن يبرزن ليسلم للمشتري حجز عليه أحد دائي الهالك، فالحجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت توقيع الحجز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ م ١٤٢ ص ١٨٩).

طرات على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشتري إلا بعد الإفراز ،  
إذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

## ١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

**تحمل ثبوت الهلاك** : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع  
الجزاف ، ذلك هو تعيين من يتحمل ثبوت هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان  
القانون الفرنسي ينقل ثبوت هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه  
ولو قبل التسليم ، فإن ثبوت هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد  
إفراز المبيع أى بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح  
الذى في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع ، فإن العشرين  
الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن  
قد فرزت ، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (٢) . أما إذا باع صاحب المخزن جميع  
القمح الذى في مخزنه جزافاً ، ثم احترق القمح قبل التسليم ، فإنه يهلك على  
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت ثبوت الهلاك إليه بانتهاء الملكية ، فيبقى  
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

(١) ويترب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع غفلة  
بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أنلس البائع قبل التقدير دخل  
المبيع في التغطية ، وإذا زعمت ملكية المبيع قبل التقدير لمنفعة الصامدة كان التصوف من حق  
البائع لا من حق المشتري ( بلانويل وريبير ومائل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ - الأستاذ  
عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ١٦٥ ) . ويحظر الاشتراك  
في المياه والغاز والنود وما إلى ذلك يبع جزافاً لا يبع تقدير ، لأن الذى يحتاج إلى تقدير هو  
الغزل لا المبيع . ويترب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنود بمجرد التوريد ولا يتوقف  
ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق المهاد ( انسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٥١ ) .  
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح  
الموجود بالمخزن ، فإذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم العشرين أردباً من القمح  
بالأوصاف المفق عليها ، ولا يحد احترق القمح في المخزن هلاكاً للمبيع ( بدرولى وسينيا  
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠ ) .

(٣) يملك ١٠ فقرة ١٦ - بدرولى وسينيا فقرة ١٤٩ - وتبقى الصعوبة العملية في تقدير  
الغزل ، وقد يكون موقفاً على تقدير القمح وقد استعمل لاسترقاه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فسرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فان تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فاهلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فان تبعة الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز فهلك على البائع .

## ١٢٢ - لفرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انشاء

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فيبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هنا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين اليقين وبيع العين المعينة بالذات .

في بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

---

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق في ذمة المشتري ( بلانويول وويبر وهامل ١٠ بقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ ) .

مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدني). وكان للبائع إجبار المشتري على تسلم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب توفيق من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب لفسخ (١).

## ٥ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٢٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

٢ - وإذا تلقت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق (٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

---

(١) بودي وسينا فقرة ١٥١ - بلايول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ - ويهفد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، ينتقل بهماً بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع ملحق بل شرط واقف أو شرط فاسخ ، ينتقل بهماً باتاً بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجحاً إلى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المشروع التمهدي على وجه قريب مما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ببعض فروق لفظية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٠ ، بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التصحيحية ، ص ٢١ وص ٢٢ - ص ٢٤) .

المادة ٣٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١) .

١٢٤ - العينة لم يرض لتعيين المبيع : قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع ، فيقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه لإياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحفظ بها المشتري حتى يضاهي عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قح أو ورق أو غير ذلك (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٣٨٨م (مطابقة لمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٤٩ - فقرة ٥٤) .

التقنين المدني الليبي ٤٠٩ م (مطابقة لمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري) .  
التقنين المدني العراقي ٥١٨ م : ١ - الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها ، تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ من ، كان على هذا المتعاقب بحسب ما يكون باتماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والأحكام واحدة في التقنينين العراقي والمصري ، فيما هذا أن جزاء عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأعد بالتمن المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاس التمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق لعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن المراف ص ٢١٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبايع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المباعة . وإذا هلك أو تالف عيب ، قبل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عدا أن صبه إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً ، في التقنين اللبناني ، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التقنين المصري يكون صبه إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٢ .

والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بمجنس المبيع وتنوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهى فى الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة ( م ٤٢٠ مدنى ) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به ( ٤١٩ مدنى ) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص نص المادة ٤٢٠ مدنى : وهذا النص جديد لانظير له فى التقنين الحالى ( السابق ) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق ( ٢ ) .

والمشتري هو الذى يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع .

## ١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يحىء المبيع مطابقاً

للعينة مطابقة تامة ، والمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجدته غير ملائمة لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري ، فى الأشياء التى تجرب عادة أو تذاق ،

(١) نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .



أن يرد المبيع المطابق للعينه ، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فما دام المبيع مطابقاً للعينه وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فيما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينه (٣) . ويجوز اللجوء إلى الخبراء فى ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى (٤) .

**١٢٦ - جزاء هرم مطابقة المبيع للعينه :** قلنا أن المبيع إذا لم يحمى مطابقاً للعينه ، لم يجبر المشتري على قبوله . وينفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً - يستطيع أن يطالب بالتفويض العينى ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينه (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٢٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ - ومع ذلك فقد تمت بحكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينه يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع للعينه (١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينه (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . فن البيع الأول يجب أن يحمى المبيع مطابقاً لكل المطابقة للعينه ، أما فى البيع الثانى فيكون أن يشمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً لفرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٢٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البيع أن يضاهيه على العينه وأن ينظر البائع بعدم مطابقته لها فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين مسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالصورة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التفويض التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرضى (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينه طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينه بيع بات (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٠٨) ، وليست مطابقة المبيع للعينه شرطاً واقعياً =

العمية على نفقة البائع بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال  
(م ٢٠٥ مدنى) .

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العمى ، أن يطلب فسخ البيع  
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للعمية (١) . ويجوز فوق ذلك  
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع  
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العمى أو المطالبة بالفسخ ،  
أن يقبل المبيع غير المطابق للعمية ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل  
من قيمة الشيء المطابق للعمية (٢) .

---

= أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ.  
أنظر مع ذلك فى أن البيع بالعمية يبيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٨  
ص ٦٢ - ص ٦٣ ، أو يبيع معلق على شرط وانقضى محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢  
المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مسئول  
عن مطابقة المبيع للمودج . فان اخطت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسلّم المبيع ،  
وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنينات الأجنبية فى هذا الحكم : أنظر  
التقنين البنىائى م ٤٤٤ ، والتقنين الألماني م ٤٩٤ ، والتقنين البولوى م ٣٢١ ، والتقنين  
البرازيلى م ١١٣٥ ، والتقنين الصينى م ٣٨٨ ، والتقنين السوفيتى م ٢٠١ ( مجموعة الأعمال  
التصضيرية ٤ ص ٢٢ ) .

(٢) استئناف مغلط ١٤ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلايول وريبير وحامل ١٠  
فقرة ٣٠٩ - ولكن المشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن  
إجباره على هذا القول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذنبه إلا إذا قدم بضاعة تعاقب  
العمية التي جرى التعاقد عليها ، فن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة  
من العمية المتعاقدة عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العمية جودة  
أو نقارة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري ( نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر  
رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ ) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا كان الفرق بين  
المبيع والعمية طفيفاً ولا يؤثر فى جودة المبيع أو فى صلاحه ، لم يكن هناك وجه لإلتنصيص  
الثمن (استئناف مغلط أول مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٨٩ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح  
عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ ) .

١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتابعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتابع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

( القرض الأول ) أن يكون المطلوب لإثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذى في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكتفى لإثبات ذاتية العينة (٢).

( والقرض الثانى ) أن تكون العينة قد فقدتها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فان كان ذلك وهي في يد المشتري ، كم هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فان البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن (٣).

---

(١) الأستاذ حميد البدرولى فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد أعطى تقنين الالتزامات السويسرى مبدأ أن من يزعم أن العينة يصدق بقوله ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وبني التقنين السويسرى (٢٢٢م) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وعنده أن من يزعم أن النموذج مصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاصة للقواعد العامة في الإثبات ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣ ) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد جعل المبيع - لا العينة - بسبب أجنبى وهو في يد المشتري ، فكل المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبى وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعنده ذلك لا يكون البيع قد انقضى ، ويكون الهلاك على البائع ( استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢ ) .

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والمقود البناف ( م ٤٤٤ ) يجعل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع ( انظر أنفا ص ١٢٣ في الهامش ) .

### § ٣ - بيع التركة

( vente d' hérédité )

١٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من باع تركه دون أن يفصل مشملاتها لا يضمن لإثبات ورائته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت تركه ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فاذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد المشتري للبائع ما وقاه هذا من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائئاً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧ ) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ ) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي : « إذا كان البائع قد قبض غلة بعض أمان التركة » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل احبب الحذف تمديداً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢ ) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع ورد فيه : « يرد المشتري البائع .. كل ما يكون دائماً به التركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويحسب للبائع كل ما يكون دائماً به التركة » ، وهي أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يديه على التركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب : فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من الديون والقروض المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت انتحاح التركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(و) أحكام التقنينين السابق والجديد واحدة ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ ( مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري - وانظر في القوانين المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ ( مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصري ) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخذ في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القذون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - وص ٣٨٩ - ص ٤٠٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ويمكن الأخذ أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة .

١٢٩ - صور مختلفة لبيع التركة : ليس المقصود من بيع التركة أن يبيع شخص مجرد حتى احتالي في التركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في التركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون التركة فإن الوارث لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع تركة مفتوحة لا تركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في التركات المستقبلية باطل . ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً : (١) بيع حتى احتالي في تركة دون ضمان صفة الوارث . (٢) بيع تركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان التركة ، فهذا غير بيع التركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة . بالذات ولو استغرقت كل التركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان التركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوارث حصة في التركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

## ١ - بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث

أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات من الجانبين : يتخذ هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوارث البائع ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع .

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .  
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المذهب : « بيع الوارث نصيبه من التركة هو بيع لمجرد من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية » فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨ ) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري ، وتسليمها إياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وقاه من ديون التركة ، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للتركة .

١٣١ - نقل ملكية الحصص المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية حصته في التركة - أو جزء منها - للمشتري . والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال ( universalité ) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع ، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت الحصص المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في تركة يجب أن ينصب على مجموع من الأموال المختلفة ، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قسمة التركة ، فلا يصير ذلك بيع استحقاق في تركة ، بل يعتبر بيعاً عادياً (١٩٠ فبراير سنة ١٩٣٠ الجمعية الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨) .

(٢) وذلك من وقت البيع دون أن يرجع (أنسيكلوبيدي دالوز) لفظ *cession des droits suc.* فقرة ٨٥ . وإذا كان المشتري يحل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحل محله في صفته كوارث ، بل يثبت الوارث البائع محفظاً بهذه الصفة . وقد تترتب آثار حل استيفاء الوارث البائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة ورثة أو منشأ لوقف جعل وورثته فيه مستحقين ، فيثبت الوارث البائع صاحب الحق في مبالغ التأمين أو يثبت مستحقاً في الوقف ، ولا تنتقل حقوقه هذه مع حصته إلى باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البداوي فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩٣ ص ٣١٦) . ولا يصح للمشتري بشرائه حصص الوارث وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان المورث بنت باعت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وأوئلاً ولا يجب ابن العم مثلاً . انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محفظاً بصفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانول وريبر وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - ويسبق ذلك تسجيل إيجاباد الورثة (الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البداوي فقرة ١١٢) .

العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني عندما تقول : « فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيها بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما المقولات بلواتها فتنقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمقولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري يملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مدين التركة أو قبوله ، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المالك له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله . وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مدين التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما يشتري حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فإذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

**١٣٢ - تسليم الوارث البائع مستحقة منه للمشتري : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثروات والرير**

---

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .  
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل ينسب الوارث مستحلاً لها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي ( بلانويول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالورز ١ لفظ *cession des droits succes.* فقرة ٦٢ ) .



والمنتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري . ويدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التي للتركة (١) ، ونحن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتعلات التركة للغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتعلات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتعلاتها ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلزم الوارث أن يسلم المشتري مشتعلات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح التركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتعلات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

- 
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ .  
 (٢) أما بعد بيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبى شيئاً من مشتعلات التركة . هذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من التركة ، فلا يكون مثولاً إلا عما قد جناه من الكسب أى الثمن الذى قبضه (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .  
 (٣) أنيكلوبيدى دالورز ١ لفظ *cession des droits succ.* فقرة ٧٣ - أوبرى ورو .  
 فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .  
 (٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الرومانى وفي القانون الفرنسى القديم (بودرى وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : أوبرى ورو . فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٩ ص ٤٥٧ - أنيكلوبيدى دالورز ١ لفظ *cession des droits succ.* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٩١٩ ص ٦٣٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتريات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث : فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينة التي انقضت باتحاد الذمة لا تمود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فإنه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

(١) بودوى سينا فقرة ٨٧٧ وفقرة ٨٨٢ .

(٢) أبريل ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودوى وسينا فقرة ٨٧٨ - بلاتبول وديبر وعامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بشئ من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتريات التركة ثم أغنى بعضها أو أنقذه عمداً أو تصد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديد التقييد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تقليصاً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب المورث بالتزاماته كباقي فيستوجب مسئولية التقصير ( أنظر بودوى وسينا فقرة ٨٨٠ ) .

(٣) وسنرى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث ، فإنه يستبقى حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقضي هذا الدين باتحاد الذمة ( م ٤٧٩ ج ٢ ) : أنظر ما يلى فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار ، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتريات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوصيته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناء قيمة مالية ، فيستثنى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، وبفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودوي وسجيا فقرة ١٨٨ - بلانويل وريبر وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة - بلانويل وريبر وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٦ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد التمة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحة وينقل للعقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلث التركة لاني التركة كلها . فإذا تبين به ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تتناول حصته كل التركة لا ثلثها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستثنى حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . على أن المسألة مرهونة بنية المتأخرين . فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة على تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتياطياً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصة الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارن بودوي وسجيا فقرة ٨٨٥) .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكررة - بودوي وسجيا فقرة ٨٨٤ - بلانويل وريبر وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانويل وريبر وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب الحلبي وحامد زكي فقرة ٦٢٢ .

**١٣٣ - الضمان :** رأينا أن المادة ٤٧٣ مدني تنص على أن « من باع شركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في الشركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أباً كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع الشركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالاً معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائنه من الورثة وإما لأنه لم يدخل في الشركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فإنه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المبيعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن الشركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتالى كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتجسس ، فهو الذى يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته في الشركة (٢) . فيضمن أولاً أن الشركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع شركة مستقبلية فالبيع باطل كما قدمنا . ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه الشركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعه مع التصريح إن كان وقت أن اشترى الحصة مجهول أن البائع ليس بوارث . ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملادة مدين الشركة ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٩ ) .

(٢) للملكة الإيضاحية لشرع التهديد في مجموعة الأحوال الخطيرة ، ص ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتلاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخول مال معين بالذات في الحصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كأن يفصل المشتري مشتلات الحصة التي يشترها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من المقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ؛ إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أبا كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفوضاً تخفيضاً يواجه هذا الاحتمال (٣) .

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد ركي فقرة ٩٢٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانويول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس يوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده ( بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ ) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس يوارث ، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان ( أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانويول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٩٦ ) .

### ١٣٤ - الزمات المشتري: يلتزم المشتري أن يدفع للوارث. الثمن المتفق

عليه والمصروفات والقوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتري آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة . فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته الميعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري ، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث .

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشتري ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضي بالألزامة إلا بعد سداد الدين (٢) . فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئصال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشتري ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصصة دون أن يستنزله منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأبلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه ، ولا يرجع به على المشتري ، لأنه هو

---

(١) والثمن مضمون بحق امتياز على الحصصة الميعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى العقارات ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩ ) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتملت حصته على عقارات ، وكان في الثمن فيما يقابل العقارات ثمن يزيد على الخمس ، جاز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أثمان ثمن المثل . وتقوم العقارات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة العقارات إلى قيمة مجموع مشتلات الحصصة لمعرفة ما إذا كان هناك ثمن يزيد على الخمس ( ٢٥٠ م مدني ) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأموال التحفيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصّة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .  
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصّة إليه من الوارث ،  
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمّة المورث ، فهذا الدين تلتزم به التركة  
ولا ينقضى بانحاد الذمّة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمّة الوارث . فيكون  
للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصّة  
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل  
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصّة المبيعة . وإلى هذا كله تشير  
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : « يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا  
من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق  
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها . يجوز  
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات  
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون  
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،  
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

---

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع  
من سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضي عشر سنوات من وقت افتتاح التركة . فقد نصت  
المادة ٤٥ من قانون ضريبة الشركات الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب حل كل  
من يشتري عقلا أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلا إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم  
يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من  
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مسئولا بالتضامن مع الوارث البائع من وفاء الرسوم  
المتأخرة . وكل من يشتري عقولا مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مسئولا بالتضامن  
من دفعها مع الوارث البائع » ( انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٧١ ) .

(٢) أوبرن ، ورو ، فقرة ٣٥٩ ثالثا ص ١٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ٨٩٤ - بلانيول  
وويبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

### ثانياً - حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ - الغير هنا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشيوع في جميع مشتملات التركة ، من عقارات ومقولات ودبون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محله بموجب البيع . فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولولم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتباره شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فنفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالشئ المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطوهم (٢)

---

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائناً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يطن فيها إلا في حالة الفسخ (م ٢/٨٤٢ مدق) - وهذا لا يمنع ، كما قدسنا ، من أن تنقسم الورثة التركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطروا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .



بالباع قبل أن تم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحمل عله فيها فيكون هو المتقاسم مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبائع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون التقاسم معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتقاسموا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشيوع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢).

١٣٧ - **دائنة الشركة ومبرمها** : أما دائنة الشركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائنين للشركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال التركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو ممن يتلقى حقاً من

---

(١) باعتباره دائناً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع (م ١/٨٤٢ مدني) .  
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز الورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً للمادة ٨٣٣ مدني وهي تنص على أن « الشريك في المنقول الثابت أو في المجهول من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلبه بالبائع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحمل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه من كل ما أنفقته . ٢ - وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » . أنظر أوبري ورو • فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٣٦١ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧١ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succés* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .  
كذلك إذا كان الورثة الآخرون يتنازعون في وراثة الوارث البائع ، فن حقه أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أي حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحوالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير معين ، بل التركة . ويتقرب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣) . وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ويحولها إلى المشتري .

الورثة كالمشتري من الوارث البائع . وإذا تسلم المشتري مشتملات الحصنة المبيعة ، فإن ما تسلمه يبقى مسئولاً عن ديون التركة ، ولدائيتها أن يتبعوها لهذا المال في يد المشتري ويتخذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذى سنبينه عند الكلام في تصرف الوارث في أموال التركة المدينة قبل سداد الدين (١).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف ديونها ، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشتري منه ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٧٤ مدنى) (٢). فإذا لم يقبلوا الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفوا الوارث البائع حصته من الديون التى في ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري . ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية ، واستيفاءه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبهِ يستوجب الضمان .

**١٣٨ - الخلف الخاص للوارث البائع :** يمكن أن نتصور أن الوارث قد باع - بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع - لشخص آخر شيئاً من مشتملات حصته ، عقاراً أو متقولاً أو ديناً للتركة . فيكون هذا الخلف الخاص للوارث معتبراً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري لجهة الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلاً من أن يبيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات ، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال لمشتري آخر ، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار - مشتري العقار المعين أو المتقول المعين أو الدين الذى للتركة أو حصة الوارث في مجموعها - لا يسرى في حقهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) أنظر ما يلي فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأينا ، إذ تقول ، « إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) » . وقد حسم هذا النص خلافاً لا يزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح في هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً للرأى الراجح في عهد التقنين المدني السابق ولم يكن هذا التقنين يشمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني (٣) .

فاذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتلات الحصة المبيعة ، فسواء اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ، وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري لحصة

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « فإذا قص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » . وقدسنا مثلاً لذلك التسجيل في العقار ، فهو واجب في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري لحصة هذا الوارث ( أنظر آتفاً فقرة ١٣١ ) .

(٢) ففي الفقه الفرنسي آراء ثلاثة : ورأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذاً في حق الغير باعطار باقي الورثة بهذا البيع . ورأى ثانٍ يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون حاجة إلى أية إجراءات . ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا بانتهاء الإجراءات اللازمة لصيرورة البيع نافذاً في حق الغير في العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفي المنقول بالنسبة إلى منقولات هذه الحصة ، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة . أنظر في هذه الآراء الثلاثة بودري وسينيافا فقرة ٩٠٣ - ٩١٠ - وأنظر في أن الرأى الثالث هو الرأى الراجح جيوار ٢ فقرة ٨٦٦ - لوران ٣٤ فقرة ٤٧٨ - أوبري دور فقرة ٣٥٩ ثانياً هامش رقم ٢٤ - بودري وسينيافا فقرة ٩٠٦ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧٢ - أنسيكلويدى دالورز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦ . ونارن هيك في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانويول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ٢٣٦٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تاق من الوارث حقاً مالياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو غير ذلك ، فالعبارة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في التيه . وقد يكون دائن الوارث حجز على عقار من مشتلات الحصة المبيعة ، فلذا كُن قد سجل تلقيبه قبل أن يسجل مشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري ( بودري وسينيافا فقرة ٩٠٧ ص ٢٩٤ - ص ٩٢٥ ) .

الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان بيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشتري الحصة دون مشتري المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشتري المنقول دون مشتري الحصة . على أن أيّاً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصة بالنسبة إلى مشتر لهذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أن يقبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق . ويقدم مشتري الدين على مشتري الحصة ، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبلاً ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان هذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كجموع لشخصين على التعاقب ، فأى المشتريين لحصة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات ويتأخر في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

---

(١) ونقل مثل ذلك في حالة ما إذا حجز دائن للوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان المميز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاسم الدائن المميز مشتري الحصة ، وإذا كان العكس قدم مشتري الحصة على الدائن المميز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

## ب - بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر

### (التفارج)

#### ١٣٩ - التمييز مايجب : إذا باع الوارث حصته في التركة لوارث

آخر ، كان هذا هو التفارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصته الوارث البائع بضمن دفعوه من مالم الخاص ، وحالة ما إذا اشتروا الحصه بمال دفعوه من أموال التركة ذاتها .

في الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فإن كان المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصه الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التفارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أموال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث من نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة مطبوعة المتعاقدين ومعينة في العقد تميئاً تاماً ( ٧ يناير سنة ١٩٢٢ المصوعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠ ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التفارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً لقاعدة ٣٥٠ مدني ( سابق ) ( ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مصوعة عمر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥ ) . وقضت بأن عقد التفارج لا يحصل إلا من وارث لوارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله ( ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص ٩٩٢ ) . وقضت محكمة أجا بأن عقد التفارج يطوى بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه في التركة جزافاً ، وهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير بيان لمشتريها فلا يضمن التفارج إذن استحقاق بعض الأعيان للغير ، إلا إذا نص في عقد التفارج على الأعيان المتفارج عليها بالذات ونصيب المتفارج فيها ( ١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤ ) .

مالم الخاص ، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة حصة التخارج بين الورثة المتعددین ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالم ، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب التخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التخارج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، فذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخارج بمال معين في التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخارج . ويطلب أن يكون المقصود بالتخارج الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فيتفق باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث المتخارج ، كان التخارج قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التخارج صلحاً كان أو قسمة ، كما

---

(١) جاء في التزيلي : « إن أخرجت الورثة أحدهم من عرض أو عقار بمال ، أو من ذهب بفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أطوه أوكثر ، لأنه يحمل على المبادلة ، لأنه صلح من عين . ولا يمكن حله على الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء من العين . وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الرها لاختلاف الجنس . وفي الأثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحتها ورثته من ربيع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً ، يحضر من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث ، أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أعيان التركة مطلوبة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، وبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز » (التزيلي ص ٩ - ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ص ٧ ص ٥٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخارج لم يكن الغرض منه صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً

أن هناك فروقاً في الأحكام لها إذا كان التصاريح صلحاً أو قسمة ، فنستعرض الأمرين .

١٤٠ - أحكام مشتركة في التصاريح : سواء كان التصاريح صلحاً أو قسمة ، فهو كاشف عن الحق لا منقضى له ، لأن هذه هي طبيعة كل من الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا ينقل التصاريح ملكية مال التركة إلى الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث . ولما كان هذا الأمر الكاشف لاجابة فيه إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فإن التصاريح لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ، وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأمر الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على الأموال الأخرى لتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء التصاريح . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا يفيد إلا بإجازة باقي الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتبايعين ، بل هي التزامات المتصالحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكيها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

---

من أحد الورثة عن حصته الفائضة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع (١٦) أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ من ١٨٣ . انظر أيضاً بلانويل وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التصاريح قسمة طبقاً لنظام الفرنسي أن يكون من شأنه إفراز حصص كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل هذه التصاريح لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد التفتين الجديده أو في عهد التفتين السابق . ويسبق هذا التسجيل تسجيل إسهاد الورثة ( الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٢٥٢ ) . أما في فرنسا فالطوق الكاشفة - ومنها التصاريح - لا تخضع لتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير ( بودري وسينيا فترة ٩١١ )

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في متغولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم يكن قد سلم المتغول لشخص حسن النية ليملكه مثله بالمجازة ( بودري وسينيا فترة ٩١٢ ) .

المال الذي أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قلنا .

ثالثاً — بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعاقدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائنو التركة فيبقون دائنين لها ، ولم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج في هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم تصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئصال الديون هي ما أخذه من المال . أما مدبني التركة فيكونون مدبنين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته في الميراث ، ولا شيء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يخل فيه شيء من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق حبس على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لم الوارث الخارج في حصته كجموع من المال ، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذي قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج .

## ١٤١ — الفرق بين التخرج كصلح والتخرج كقسمة: ويختلف حكم

التخرج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) في الضمان : ففي الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدعى الورثة ويتنازع الورثة في ذلك ، ثم يتصلحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فيهم الوارث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث في نظير ما تخارج عليه وينقسم الباقي من التركة على السهام الباقية ، فانظر في كل ذلك الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدبني لتركة الوارث الخارج شيئاً من الدين الذي عليه كان هذا الدفع مجرداً لفئة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع لدائن الظاهر ( يوردي وسينها لفترة ٩١٣ ) . أما إذا أعلن التخارج المدبني ، فلا يعود دفعه للوارث مجرداً لفئة .



على الخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج يضمن صفة كوارث على النحو الذي يبتاه في بيع التركة . ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان الخارج صلحاً أو قسمة .

( الوجه الثاني ) في النبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى النبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذي أخذه من مال التركة قليل ، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصة الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج ( م ٨٤٥ مدني ) .

### المطلب الثالث

#### صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ - متى يكونه الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له لا يأتى ذلك ، وكان للتعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا بنص في القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدني على أن

---

(١) استئناف مختلف ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢٩ يولي سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل مرسي  
مفردة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج قنط أو التعليل أو الاكراه ، قسمة كان أو صلحاً : استئناف مختلف ١١ يولي سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ (وما الحكمين السابق الإشارة إليهما) .

١٥ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون محلاً لحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يتأثر بمجازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً لحقوق المالية . ونصت المادة ١٣٥ منقطة ١ أنه « إذا كان عمل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

ويمكن أن نستخلص من هذه النصرة أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أثبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

#### ١٦ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية ، أو بالنظر إلى الفرض الذي يخصص له الشيء .

#### ١٤٤ - حرمة التصرفية للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية :

فالشيء لا يصلح لبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعمل على التعامل فيه . وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للعقود ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جاز ، فأشعة الشمس بحصرها « الفوتوغراف » ، والهواء يستعمله الكهائي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للملك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسمك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

### ١٤٥- حرمة الصلوة للتعامل مع اتصال الشيء بالشخص:

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدنى على أنه : لا يجوز الزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الاتفالية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصى ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له فى الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له الزول عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٧٣ مدنى على أنه ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو لغيره . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو لغيره . ونصت المادة ٨٧٤ مدنى على أنه : إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً (١) .

### ١٤٦- حرمة الصلوة للتعامل مع الغرض الذى يخصص لشيء:

وقد قلنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى يخصص له . فالأحكام العامة لا يصح بيعها لأنها

---

(١) وتذكر الآيات ، وتذكر الجبللة السواح والملاهي ونحوها ، ومينات الأودية التي ترسل للألباء ، الغرض فيها إطلاق ضمن على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها أن يبيعها (الامتداد سليمان مرقس فقرة ٧٥) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو حجزها عليها أو تملكها بالتقادم ( م ٢/٨٧ ملق ) . والمال الموقوف يقتضى الغرض الذى خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمراجع فى هذا إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

## ٢٥ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ - المبدأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قلنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذى يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم عامض كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما فى تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تقتضيه ظروف البلد الخاصة كما فى تحريم بيع الوفاء وكما فى الإيجار فى الحشيش واغشوات ، وهو على كل حال دليل على هتاية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد ( م ١٣٥ ملق ) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هى الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

## ١٤٨ - تطبيقات مختلطة : ونكتي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة ليوع

تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد التزول عن حرته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن يتزل عنها لأحد ، ولا يجوز التزول عن الجنسية أو الاسم أو البنية أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للمهارة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين والقوانين على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفع الوطني ، كما في بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات المربوعة والأسلحة (١) .

#### ١٤٩ - بيع التركة المستقبلة وبيع الحقوق المتنازع فيها لصالح

**القضاء - أمارة :** وقد عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (٢) وهي بيع التركة المستقبلية ، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٣) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء . فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن .

#### ١٥٠ - بيع المصنوع : بقى أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير

المشروع في حاجة إلى شيء من البيان ، وهي صورة بيع العملاء (clientèle) . فلشخص في حرفته أو في تجارته أو في مهنته الحرة عملاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له أن يتزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا التزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

---

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ١٣٤ - ص ١٣٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٣ .

لا يوجد نص تشريعي في هذه المسألة ، إلا النص الوارد في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنا . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه « يجب أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة » . ومقومات المحل التجاري غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هي عنوان المحل ( enseigne ) ، واسمه التجاري ( nom commercial ) ، والحق في اجارة المحل ( droit au bail ) ، والاتصال بالعملاء ( clientèle ) ، والسمة التجارية ( achalandage ) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية ( propriété industrielle ) . ونرى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل في مقومات المحل التجاري ، ويكون أحد عناصره التي تدخل في البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجاري لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعا للمحل التجاري ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وإن جاز أن يتعهد بائع المحل التجاري استقلالا أو ينافس المشتري في هؤلاء العملاء وألا يفتح متجرا في مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضروري لحماية المتجر المبيع .

وكذلك يبيع عملاء الحرفة كعملاء التجار والحديد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامي والمهندس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياسا على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعا لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذي تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلا أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق في اجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . والمحامي أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصرا في البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بذلك ، وكان قبلا يميز بين المتاجر والمهن الحرة ، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامي والمهندس - إنما يختارون من يعاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

الشخصية ، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب (١) . ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة ، فان الثقة الشخصية تقوم في الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه . على أن الطبيب أو المحامي إذا أدخل العملاء محل اعتبار في بيع عيادته أو مكتبه ، فانه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف في السلع والمهمات . ولكنه يدخلهم في حساب قيمة العيادة أو المكتب ، فكثرتهم أو قلتهم والاحتمال في أن كثيراً أو قليلاً منهم ييقون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه ، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع . والطبيب أو المحامي إنما يقدم في الواقع من الأمر خلفه هؤلاء العملاء ويوصيهم بالتعامل معه ، ويتعهد من جانبه ألا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يمتنع عن فتح عيادة أو مكتب جديد يجلب إليه فيه هؤلاء العملاء . وليس في شيء من هذا - تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة - أمر غير مشروع (٢) .

وبخلاص مما قدمناه أن بيع العملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز (٣) ، والجائز أن يدخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً تابعاً من عناصر المتجر أو العيادة أو المكتب عند بيعه (٤) .

---

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٣ هامش رقم ٣ .

(٢) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٦١ دالوز ٦١ - ١ - ٣٢٦ . وانظر أحكاماً أخرى في بلانيول وريبير وحامل ١٠ ص ٤٢٤ هامش رقم ١ - وانظر سالتانيه Savatier في انتقال عملاء المهنة الحرة سنة ١٩٣٣ - روبييه Roubier في الحقوق المنسوبة والحقوق المتصلة بالعملاء في المجلة القضائية لقانون المدعي سنة ١٩٣٩ ص ٢٥٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف الخططة بأن البائع يعتبر أنه قد وفى بتعهده إذا هو قام بإعلان التنازل إلى عملائه ، ولا يحكم عليه بتعويض إذا رفض العملاء معاملة المشتري ، هذا ما لم يتعهد البائع بضمان استمرار عمل معاملة . وإذا اتضح أن سبب انقطاع العملاء عن الشراء من المحل هو زيادة الأثمان عليهم ، فلا مسؤولية على البائع ( ٢٦ يناير سنة ١٩٩٩ م ١١ ص ٢٩١ ) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز للبائع انتزاع العملاء من المشتري منافسة غير مشروعة ( ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ ) .

(٣) بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٣٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٣١٢ - فقرة ٣٢٠ - وقارن بودرى وسينيا فقرة ١٠٣ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٣٤ ( سواء صدر البيع من صاحب المتجر أو العيادة أو المكتب أو صدر من ورثته ) =

## المطلب الرابع

### ملكية البائع للشيء المبيع

١٥١ - يجب أنه يكون الشيء المبيع مملوكاً للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أورهته ، فبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جائز ، وإنما ينقل الشيء إلى المشتري وينقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجوز عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي .

فنبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجوز عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي .

---

== بلانيول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٢ - وانظر في الفقه المصري : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ جيل الشرقاوي فقرة ٣٩ - في الفقه العراقي : الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٤٣ . (١) ويضرح على ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان ملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ، فتراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين من ملك المشتري ( ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجلد رقم ٢٥ رقم ١٠/١ ص ١٩ ) .



## ١٥ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢- **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٦٦ من اللتين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » .

« ٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد » .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

« ١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانتقل صحيحاً في حق المشتري » .

« ٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

« إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان مجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » (١).

### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من المشروع المتهدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة . وأقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٣ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨ ) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع المتهدي على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٣/٢٦٤ و ٣٣٤/٢٦٥ و ٣٣٥ م مختلط (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢).

---

= عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٠ - ص ١٩١ ) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع النهائي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٢ و ص ١٩٤ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٣٣/٢٦٤ : بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازاه المالك الحقيقي .

م ٣٣٤/٢٦٥ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للبيع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تعويضات إذا كان مستقداً وقت البيع صحة ملكية البائع . م ٣٣٥ مختلط : إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشئ معين ، يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

( والأحكام واحدة في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، حل أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المقترضة في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطني من قبل : المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٣ - ص ١٩٤ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ ( مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥ - ٤٥٧ ( مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انقضى تصرفه موثقاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، وبطال الفصل =

## ١٥٣- تحرير منقحة بيع ملك الغير : ويخلص من التصور المتضمنة أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك

== بالبدل إن كان قد قبضه من المالك الآخر . ٣ - وإذا لم يجر المالك تصرف الفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان المالك الآخر قد أدى الفضول البدل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البدل في يد الفضول بدون تدبيره ، وكان المالك الآخر قد أداءه حالاً أنه فضول ، فلا رجوع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول المدين المقنود عليها لمن تعاقده معه ، فهلك في يده بدون تدبيره ، فلمالك أن يضمن قيمتها أيما شاء . فإذا اختار تضمنين أحدهما سقط حقه في تضمن الآخر .

م ١٣٦ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستنتج إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام المالكين أو المالك الأصل أو المقنود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل غير الإجازة أو التخصيص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المقنود عليه ، فإن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

( والتفتين المدف الرأى سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامى : فيج الفضول - أى بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التفتين الرأى أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامى بعد إدخال تعديلات عامة جعلت هذه القواعد أكثر سارية لقواعد الفقه الغربى الحديث . وتختلف في ذلك من التفتين المصرى ، فى هذا التفتين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التفتين العراق على الأخذ بهذه الأحكام ، التى تفصل بين بعض الرجوع أحكام التفتين المصرى وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التفتين العراق قد أخذ بنظرية البطلان كما هى في الفقه الإسلامى لا في الفقه الغربى الحديث ، وهى نظرية تفصل الفقه الغربى ، أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامى لمؤلف الجزء الرابع في نظرية البطلان - وأنظر في بيع الفضول في القانون المدف الرأى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وأنظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراق لنظرية الفقه الإسلامى في بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفصل نظرية الفقه الغربى كما سبق القول ) .

تفتين الموجهات والقواعد البنائى م ٣٨٥ : بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية :  
أولاً - إذا كان البيع معناه مجهول أو بتره فقط . ثانياً - إذا أجاز المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أبى المالك أن يميز البيع ، فالبايع يضمن بدل البطلان والمصدر المشتري إذا كان حالاً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يميز البائع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انقضى على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السام بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ . ( وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصرى ، فيما عدا أن التفتين البنائى لا يحيل للمشتري الحق في التصرف إلا إذا كان حسن النية وكان البائع في الوقت ذاته سيئ النية ، أما التفتين المصرى فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع ) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن تؤصل هذا البطلان وتبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ - ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير : بيع ملك للغير لا بد أن يكون يبيعاً معين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالِكاً للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن التعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً ، بل

---

(١) استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩م ٢١ ص ١٩٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥م ٢٧ ص ٢٤٩ (يصهد بأن ينقل المشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوربى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسهنا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ١٠٦ - جوسرا ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مخطوط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠م ١٢ ص ٢١٣ - بودرى وسهنا فقرة ١٢٢ .

(٣) أو على شرط أن تظهر ملكية بعد فحص مستنداته (استئناف مخطوط ١٨ أبريل سنة

١٩١٦م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ، فالبايع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات ، بل هو معلق على شرط . فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البايع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبايع تحت شرط : فهنا البايع لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينقل الملك بوصفه إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء منه يبيع بالمزاد ، فإنه إذا رسا المزاد على البايع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع ( استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٩ ) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط أن يملك البايع المبيع ، بل على بيع احتيالي . فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتيالي ، قد يتحقق بأن يملك البايع المبيع فتنتقل ملكيته للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البايع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويراعى ذلك بطبيعة الحال في تحديد الثمن ، فيكون الثمن منخفضاً حتى يقابل احتمال عدم تمكن البايع للمبيع .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط ، بل على أن يسل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات فينقلها للآخر ( أنظر ٣٣٥ مخطوط ) . وهذا أيضاً ليس العقد بيعاً ملك الغير ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن المتعاقد لم يلتزم بنقل ملكية ، بل التزم أن يقوم بملك هو كسب الملكية . فإذا ما كسبها ، قل ذلك فقد بيع بنقل هذه الملكية للمشتري . وإذا لم يكسبها ، كان مشغولاً عن التصرف . وتختلف هذه الصورة عن صورة التمتع من الغير في أن المتعهد من الغير يلتزم بأن يحصل المتعاقد معه يكسب الملكية من الغير رأساً ، فلا تنتقل إليه أولاً ثم ينقلها هو إلى المشتري ( أوبري ردو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٥ — جوران ٢ فقرة ١٠٤٢ ص ٥٤٥ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٣ ) . وتختلف من صورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن المتعاقد هنا يتعهد بكسب ملكية شيء معين بالذات ثم ينقلها إلى المتعاقد الآخر : أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالبايع يتعهد بنقل ملكية شيء غير معين بالذات .

ولا يعتبر بيعاً ملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير المالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة ، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء ، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء ، تم البيع . وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للشيء وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، انقلب الوعد بالبيع بيعاً ملك الغير . كان قابلاً للإبطال ( الأستاذ عبد المنعم الجبر ٢٩٠ فقرة ٥٧٣ ) .

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآته (١) . وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكية المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع بآته .

خامساً - بيع الشيء الشائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقته يبيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافلاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

---

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع إلى البائع إذا كان البيع احتالياً ( بودرى وسيليا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرة ١٧٨ ) .

(٢) أوبري ورو ه فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيرول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٧ . ونظير ذلك المشتري في بيع ملكه إذا ملك المبيع بالخيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمعار ، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فننتقل في جميع هذه الأحوال للملكية إلى المشتري ( أوبري ورو ه فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بودرى وسيليا فقرة ١٢٤ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ ) .

على أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالخيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمعار ، يكون قد كسبها بالخيازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . وبهذا رأى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتسك بوضع اليد ، لأن التسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميمه ( بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١ ) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه عنه أو أخذه وصية منه ، فإن بيع ملك الغير لا ينتقل صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبق قابلاً للإبطال ويكون للمشتري الحق في طلب إبطاله ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥ ) .

فيبقى بعد كل ذلك ، في منطقة بيع ملك الغير ، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال (١) . ويستوى أن يكون للبائع عالماً بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوى في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع ملك ولده ، لا باعتباره نائباً عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيئاً ليست في التركة ، أو في التركة ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخالصة . فهذه كلها تعتبر بيعاً لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فتحصل هذا البطالان ، ثم نبين أحكام البيع ذاته .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير يضيف البيع إلى نفسه - فإن أنساه إلى المالك الحقيقي وكان نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر سادراً من المالك الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في الكتابة . أما إذا لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فيبيع باطل ، ولا تلحقه الاجارة لعدم انقاده أصلاً . إنما ينتقد موقفنا على إجابة مالكه إذا باعه على أنه ملك لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره ، إلا أنها لا تخرجه من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانقضاء هذا البيع أن يقرر القول أنه ملك ابته (٢٢ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودرى وسينيا فترة ١٢٦ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فترة ٤٦ ص ٤٩ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ *vento* فترة ٣٩٥ .

(٣) استئناف غنط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠ .

(٤) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فترة ٤٦ ص ٤٧ - بلانويل وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٢٣١٦ - جوسران ٢ فترة ١٠٤٨ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ *vento* فترة ٣٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فترة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

## ١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - **الظهيريات التفسيرية** : تقضى المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، اذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ، وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ، إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ . هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاءه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاتنا مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية ، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

---

(١) كرويه دى سافتر ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفنوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ - جوهين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٠٧ - ١٠٨ - الأستاذ جيل الشرقاوى رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني الإيطالي الجديد الفساد في سنة ١٩٤٢ (١٤٧٩ م) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان المشتري يجهل أن البائع غير مالك .

وهذه الأستاذان كوران وكايتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودوى وسيني فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ١٠٨ .

(٣) أوبري وودو ٥ فقرة ٣٩١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ - يديان ٩١ فقرة ١٠٤ - استئناف غنط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ .



إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وستفصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذن غير معلوم ، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهناك رأي ثالث يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، إما لغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهم المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التفتين الفرنسي ، ومع صريح النص في التفتين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التفتين تصرح بوجود التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) بودوي وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلاً بطلاناً مطلقاً هو أن يبيع شخص لآخر شيئاً يتبين به ذلك أنه كان مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن يكون هذا حالاً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنسيكلويدى دالورز ه لفظ *vente* فقرة ٢٧٩ - وانظر آنفاً فقرة ١٥١ في الحاشي) - ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥ ) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير الباطل يفترض فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع (انظر عكس ذلك كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) . وانظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وهي تبين بطلان بيع ملك الغير على الغلط .

(٣) بودوي وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقع عنه التفتين المدني المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصح إذا أجازته المالك الحقيقي (م ٢٢٣/٢٦٤) ، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة ، وإنما تلحق الاجازة =

على أن الفقه الفرنسي الحديث أخذ يعدل عن هذه النظريات التقليدية ،  
ويذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق  
يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك  
الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يترتب حتى يتعرض  
له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق .  
أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك  
الحقيقي ، بل يسادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان  
هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها - *garantie d'évic-  
tion anticipée* (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان  
استحقاق استبق إليها المشتري يقتضي أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات  
كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

---

== المقد الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من سراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصري في عهد  
التفتين المدعي السابق ، وسائر الفقه الفرنسي في اضطرابه ( أنظر في الفقه المصري في عهد التفتين  
السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار المؤلف  
فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ حلمي بهجت بدوي في مقال في مجلة القانون  
والاقتصاد ١ ص ٥٨٨ وما بعدها ) .

(١) يبدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانويل وريبير  
وهولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودري وسيتيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بميب أصل هو استعالة تنفيذ ، وأن  
هذه الاستعالة تنطوي على غشاً في جانب البائع إذ لا يمتنع تنفيذ . فالبطلان الذي  
يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبي وتقرب آثاره من آثار  
البطلان القاطع ( بودري وسيتيا فقرة ١١٨ ص ١١١ ) .

ويذهب بلانويل وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الرومان لا يلزم البائع بنقل  
الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل  
الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص التفتين المدعي الفرنسي ( ١٥٩٩ م ) ضلاً  
على هذا البطلان . ولكن الفقه والتفضاء في فرنسا لم يجدوا من الضروري أن يسلوا بيع ملك الغير من  
أي أثر يترتب عليه ، فعولا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطيع هذا طلبه إذا هو لم ينتظر  
بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق  
مستبقة ( *garantie d'éviction anticipée* ) ( بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ ) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلابد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

١٥٦ - رأى يستقر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتقنين المدني المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قنن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي .

بقي أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التقنين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم بكل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علموا أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك للمشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبرة الآتية : « وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، يتجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقلين المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلوبيدي دارلورز • لفظ vente فقرة ٣٨٩ .

(٢) البيع فقرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري (١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً (٢) .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشيء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستصحب على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع . وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

### ١٥٧ - رأى آخر يذهب إلى أنه يبيع ملك الغير عقد موقوف :

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين المعنى (٣) » ، إذ كتب ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٥٨ .

(٢) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتطبيق التزامه كان الجزء هو البيع لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك ، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يميزه المالك الحقيقي ، كما تنقض بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، شأنه شأن أى عقد قابل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامى لا يميزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصرى عن الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدنى) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقده موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

---

(١) ويشير الأستاذ فتيق شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى في البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من التفتين المدنى الألمانى وتنقض بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الرضى هو عقد غير نافذ ، وإلى المادة ١٠٩ وتنقض بأن الطرف الآخر في التعاقد يستلج الرجوع في العقد ما لم يجره الرضى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية العقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٣٠٥ - ص ٣٠٧ .

### ١٥٨-الرأى الذى تنف عنه- بيع ملك الغير قابل للإبطال

بموجب نص خاص فى القانون أنشأ البطلمية : لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يستعنا ، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخى لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحاً ، لأن البيع فى هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبيعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشيء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى ، فيبقى قبل هذا العرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، رغم أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى ، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد ، بمادة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، أن يبادىء البائع بطلب لإبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالملة إذن فى كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هى منازاة هذا العقد لطبيعة

---

(١) مذكرات غير مطبوعة فى البيع المؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار المؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٢ - نظرية العقد المؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .  
(٢) بودوى وسيفيا فقرة ١١٦ - بلاكول وديير وهامل ١٠ فقرة ١٥ .  
(٣) بودوى وسيفيا فقرة ١١٩ مكررة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيحتلم الخلاف بينهم ويتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازته العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ .  
(٢) وهذا هو المقرر فعلا في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير . فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م ٤٣٣) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز المشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون باتفاق قال مستقل من عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٢) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في قانون الألمان أن يرفع دعوى الفسخ على البائع ، حتى قبل أن يصرف له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني من القانون الروماني اعطالنا بينا (سأل في الالتزامات بقرة ١٥٢ وبقرة ٢٠٦ - بلاهور وديبر وحامل ١٠ ص ٤٥ حاشي رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق قال بقية في السجل العقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق قال يصحبه التسليم .  
(٣) وسنرى أن المشتري إذا كان له أن يجيز بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجيزه ، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهي تقلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بمقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة مقولة (١) .

== صحيحاً ونجمله في الوقت ذاته سارياً في حق المالك . وسنرى أيضاً أن المقد يتقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف في المقد المقابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلانويول وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ .  
وقد قررنا هذا الرأي نفسه في كتاب الإيجار في المبيعات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئه أخرى خاصة به . فمن البت إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة هل ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة في البطلان فواجبة إلى أن البيع نافذ بطبيعته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان القايح في القانون الروماني لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك في القانون الفرنسي القديم ، مع الالتجاء إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما في القانون الفرنسي الحديث فقد تقرر أن القايح يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تثيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير متنافساً لها . ولا حظ واضعوا قانون نابليون هذا التغير ، فرتبوا عليه نتيجة المتناقضة وهي بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهي تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - على رجاهتها مكانية وحدها في تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع المقود . وكان لا بد من نص صريح يلغى البطلان ويحلّقه ، فالمواد ٢٦٤/٢٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوراً مشدداً ٧ مقروءة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة ؟ من المثار إليها ( وهذا هو الأمر في القانون الألماني ) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار . الغير باطلا ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفي الوقت الذي كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يقترب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يجرى ساكناً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافياً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع ما دام البائع لم يتم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاجبار المتقدم وهو أن تغير طبيعة عقد البيع وصورته عقد ناقلاً للملكية يستلزم منطقياً بطلان بيع ملك الغير - قرر أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتيا بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يميز البطلان ولو ضمناً .. وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التي أعطاهها القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطالب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان » ( عقد الإيجار المأذون منه ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٢ ) .

ويتفق معنا الأستاذ حلمي هجيت بدوي في أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد نشأ من نص تشريعي خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==



## ١٥٩ - بيع عقار الغير قابل للإبطال بغير تسجيل وقبر: ويلاحظ

= في الحال ، فالبيع قابل للإبطال أما إذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية في الحال بل يمكن بتقرير التزام في ذمة البائع ببنائها ، فلا تنافس ، إذ يجوز أن يحصل البائع على الملكية وينقلها المشتري وبذلك ينجز بالتزامه (انظر مثلاً له في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩) . وق رأينا أن البيع الذي يقرر التزاماً بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع التوعيثي للملكية في الحال ، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأنه أولاً ينشئ التزاماً ببنائها ، ثم ينفذ الالتزام بتنقل الملكية فعلاً . ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية ، وبين العقار المسجل وينقل الملكية فعلاً . فكلاهما عقد ناقل للملكية فتتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير ، وكلاهما قابل للإبطال . وقد اضطر الأستاذ حلمي بجهت بدوي ، وهو ينكر حل بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية ، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل ، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد ، ولا يطله إذا كان صحيحاً . وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً ، مخالفاً في ذلك للبداعة والإجراع . ونستود إلى هذه المسألة فيما يلي .

ويفتق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً لقواعد العامة بل أنشاء الشارع بنص خاص . ولكن حلة البطلان عنده ترجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه ، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان مقرراً إلى حين حصول التسجيل ، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية ، ولذا أبطل المشرع قصره ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ١٦٦ ) . ولا نرى فرقا ، في استظهار حلة البطلان ، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية فتتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير ، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود ، فالتمييز وإن كانا مخططين بنطويان على فكرة جوهرية واحدة .

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقادها الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول : « ويبدو لنا ، بعد عرض هذه الآراء ، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للمقود الأخرى كالإيجار مثلاً ، لا يستند إلى أي أساس قني . وإنما هو حكم انتضته السياسة التشريعية ، وقد تأثر فيه المشرع المصري بسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلزم حدود النص ، وخرج مما قصد . واضعوا قانون نابليون الذين يبيعو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق . . . ولهذا انتهى إلى أنه لا يوجد أساس قني يبرر إبطال بيع ملك الغير . وربما كان سلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق . . . ولهذا نجد المحدثين من الشراح الفرنسيين يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالاً لضمان الاستحقاق قبل أن يحقق التبرع الفعلي ، أو أنها تكملة لأحكام الضمان » ( الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٢ ) .

أن يبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى . فتتص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن « جميع العقود المصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها » . وتتص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . . يجب شهرها بطريق التسجيل » . فيبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع . فيبيع عقار الغير إذن لا يزال منافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فعلة البطالان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطالان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك ( أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع ) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » . وما دامت حلة البطالان موجودة ، وما دام النص المنشئ البطالان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل ، قابل للإبطال بعده (١) . فإن التسجيل لا يطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده (٢) . ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

---

(١) وهذا ما قال به الأستاذ أحمد نجيب الخلال فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التصديرية : ص ١٩٣ - وهذا هو الأمر في القانون الألماني كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المقصود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فيبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنها لا تنتقل فعلاً بسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص للتقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٢).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلي بجهت بدوي في المقال المشار إليه (مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٥٩٨ وما بعدها). فهو يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب عل يمينه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصور قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير في رأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد التسجيل. هذا وقد حسم التقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة بنص صريح كما قلنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التقنين المدني السابق، وأوجزناه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: «هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المتأني البطلان (م ٢٣٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الحلل في البيع فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٤٨ - لأن التسجيل لا زال حتى الآن مجرد الإشهار، وليس من شأنه أن يبطل عقداً صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للدولف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - وانظر أيضاً نظرية العقد لمؤلف ص ٩١١ هامش رقم ٢).

وانظر أيضاً في هذا المعنى في عهد التقنين المدني السابق الأستاذ حامد زكي (البيع للأستاذين أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥).

## ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننقل إلى بيان أحكام هذا البيع : ( أولاً ) فيما بين المتعاقدين ( ثانياً ) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

### أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١ - المشتري ومعه هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع ( م ١/٤٦٦ مدني ) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

والمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو انما رضى بالبائع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق القول .

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . ويتحتم على القاضى أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

---

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - برودي وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ص ٥١ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف غنطل ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى التسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن التناضى إنما يرجع في حكمة إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للبيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك البيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتسكك المشتري بالاطلاق بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل صحيحاً ( ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٥٣ ص ١٠٨ ) . وقضت أيضاً بأن البائع أن يحجج بإقرار المالك الحقيقي للبيع في دعوى الإبطال التي رفعها المشتري ( ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥ ) . ويسر القضاء الفرنسي حل هذا التمر ( أنظر بودزي وسبنا فقره ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلانوي وريجيرو ولاغيه ٢ فقره ٢٣٢١ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليها ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد رجوع المشتري من البيع في بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع ( أي ولو قبل رفع الدعوى ) قبل صدور الإقرار من المالك الحقيقي بكون لسقوط البيع ، ولو أقر المالك به ذلك ( ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦٦ ص ٢٩٢ - وأنظر أيضاً في هذا المنى بلانوي وريجيرو وهامل ١٠ فقره ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل موسى فقره ٢٣٤ ص ٤٤٦ ) .

وعلى العكس مما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إبطارة بيع ملك الغير ، إذا تمت بهد رفع الدعوى وقبل الحكم ، تمنع قياماً من جهة البائع ملك الغير بتنفيذ تعهده وهو نقل الملكية ، ويصح قبول الإجازة بهد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ ( ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩ ص ٨٤ - وأنظر أيضاً في هذا المنى جيران فقره ١٨٩٠ - على ملخص فقط ١٨٨٥ ص ١٤ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقره ١٧٩ ص ١٧١ ) .

ولا شك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ، بالرغم من إقرار المالك الحقيقي للبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض مع النص الصريح ( م ٤٦٧ مدني ) . أننا نقول إقرار المالك الحقيقي بهد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يخلق مع المبدأ التناضى بصريح النص في استعمال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تمت المشتري مصلحة بهد ذلك في التسكك بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه : ٩٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتسكك به على وجه يتعارض مع ما يقتضيه حسن النية . ٢ - ويحق بالأخص ملزماً بالصدق على قصد إبرامه ، إذا أظهر للطرف الآخر استعداده لتفضيل هذا العقد .

( م ١٩ - الوسيط ج ٤ )

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .  
أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يقرر لمصلحته بل  
لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يلحظ إلى أن البائع طلب إبطال البيع  
للفلظ ، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا القرائ في الفقه المصري الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ -  
الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل خانم ص ١٧ -  
ص ١٨ - وفي الفقه الفرنسي : أوبري ورو فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسهيا فقرة ١١٩  
ص ١١٢ - بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانويول وريبير  
رد لانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - وهو الفقه الأستاذ محمد كامل مرسى ( فقرة ٢٣٣  
ص ٤٤٤ ) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تضمن حكماً لتقادم دعوى الإبطال بمرور ثلاث سنوات  
قد حلت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الفلظ أو التفتيش  
أو انقضاء الإكراه أو زوال نقص الأعلية ، ولم تحدد مبدأ لمدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير .  
فيصين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى  
لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حددتها  
مبدأ هذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ أئدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم  
إلا بخمس عشرة سنة ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠ ) . وتختلف  
هذا القرائ ، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القائمة  
بالإبطال أيها كان سبب البطلان . فبدلها فيها بيع ملك الغير ، ويستقط الحق في إبطال هذا البيع  
بثلاث سنوات ( ١/١٤٠ مدني ) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد  
مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التي حددتها فيها لنقص مبدأ  
سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكن صاحب الحق  
في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا  
من وقت تمكن المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت طمحه بأن البائع لا يملك المبيع .  
وقياساً أيضاً على الحالات المتضمنة - الفلظ والتفتيش والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً  
بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات  
تبدأ دائماً من وقت نال إبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه  
بمجرد تمام العقد فتتقدم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكذا إذا كان المشتري  
في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقدم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات  
من وقت صدور البيع ( الأستاذ إسماعيل خانم ص ١٨ ) .

(٢) ميدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفرجيه ١ فقرة ٢٢٠ - ساركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ - كولان وكابيتان ٢  
فقرة ٨٦٧ ص ٧٩ - بلانويول وريبير وبلانوييه ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذان =

## ١٦٢ - والمشتري أنه يطلب التمريض : ولا يقتصر المشتري على

طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطلب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من عبارة لحقت به أو كسب فاتته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن يشترط في ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع حالاً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فانه يستطيع أن يطلب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها ،

---

= أحد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري ، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يشتري على ملك الغير ( يبدان ١١ فقرة ١٠٥ ) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يقتصر إلا لمصلحة المشتري : ولأن التزام البائع بالضمان يتعارض مع إبطاله البيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له : بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٩ - وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة : الأستاذين احمد نجيب الحلال وحامد زكى ص ١٧٥ عاشى رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يطعن في البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يقتصر لحمايته هو بل لحماية المشتري ، وانما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يده سائزاً ، ولا يحتاج عليه بالبائع غالبية غير نافذة في حقه ( أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ ) .

(١) ويميل الفقه الفرنسي إلى جعل مدى التمريض هنا كداه في ضمان الاستحقاق ( يبدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلويدى دالروز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦ ) .

(٢) استئناف غنطل ٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم في جانب ( بلانويول وريبير وحامل ١٠٠ فقرة ٤٩ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - يبدان ١١ فقرة ١٠٨ ) .

فلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يعمل ببيعة ذلك (١) .

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيء النية ، أى أن يكون حالاً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحقى لو كان البائع حسن النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ، فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع إلى الخطأ التصيرى ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد

---

(١) استئناف مخطط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوبرى دور .  
فقرة ٣٥١ هامش ٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .  
ولكن يجوز للمشتري ، حتى لو كان حالاً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده حين إذا انتزع المالك الحقيقي المبيع من يده - بلانول وريبير حامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٢ - أنيسكلو ييدى والقرز - لفظ *vente* فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥ - وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التصيرى إذ لا يجوز الاتفاق على الإغفاء من المسؤولية التصيرية ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ ) .

(٢) قارن جوران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نفى مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر رقم ٤ ص ١٢ - استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن في عهد التقنين المدنى السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسى المادة ٢٣٣/٢٦٥ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع ( استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دى هلتس ٤ لفظ *vente* فقرة ١٩ - واتون ١ ص ٢٣٩ - الأستاذان أحمد نجيب والحلال وحامد زكى فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨ ) .



(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن التبعة المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيطل (٢) .

١٦٣ - وللمشتري أنه يجزى البيع - وهو الفسخ وضمانه أو تخلفه : على أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزئه صراحة أو ضمناً (٣) ، فيقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز للمشتري العقد » .

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قلنا . فيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٩٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية هو اختلاسه ملك الغير (stellionat) (بلاهول وديير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (pacta sunt servanda) (ميدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . وديير إلى رسالة روجيه لرون سنة ١٩١١) .

(٣) وتستخلص الإجازة للقسمتين من تنفيذ المشتري البيع خطأً بعد علمه بأن المبيع غير ملكه البائع ، كأن يعلم المبيع أو أن يطلع ضمن (ديور وسنها فقرة ١١٩ ص ١١٢) .

(٤) بلاهول وديير وحامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في إلزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قلنا أن هناك رأياً يلزم إلى أن البائع أن يطلع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن وللصروفات ويتسلم المبيع .

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فإن المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

## ١٦٤ - ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبلاؤه ملكية المبيع إلى

**البائع :** ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بإجازة المشتري فحسب ، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، وينقلب أخيراً صحيحاً

---

== البائع حسن النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأي آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستطيع عندئذ أن يضمن في البيع بالنقل (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) . انظر آنفاً فقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه لئلا يسله إلى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص - ٤٤٧) .

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفضها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فعلاً وطالبه ببرد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفضها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له . حل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد انتفع أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكره بالتفويض ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لراعتنا لإبطال العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤) .

وتلبيح عدم جواز الحكم بتعويض حل البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أُجيز ثم فسخ ، انضم مصدر التعويض حل أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وعلى أساس التحول إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبين ذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .

إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني ، إذ تقول : « وكذلك يتقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية لأن المشتري لم يتسكك بعد بإبطال البيع (١) ، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ، قد زال وأصبح البائع مالكا . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل في العقار - بمجرد أبولتها البائع (٢) . ومتى أصبح للمشتري مالكا للمبيع ، لم يعد هناك عمل لإبطال البيع ، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية . فيتقلب البيع صحيحاً ، وذلك بحكم القانون لا بحكم الإجازة . ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ملتزماً

---

(١) وقد قلنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل أبولة ملكية المبيع إلى المشتري ، وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع ملكاً للمشتري قبل صدور الحكم النهائي ( بوردوسينا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلانول وريبر وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢١ ) . وبينما أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يمكن أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ، دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال ، حتى يمنح تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع قبل رفع دعوى الإبطال ( بلانول وريبر وحامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦ ) . وقلنا إن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني) . وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب ، على العكس من الرأي المتقدم ، إلى أن البيع يصح بأبولة ملكية المبيع إلى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم النهائي ( جيوار فقرة ١٨٩ - دي هلتس ؛ لفنڤ venge فقرة ١٤ ) ، وأسنا هذا على البدء للقاضي بصريح التصرف في استحالة حق الإبطال . وانظر أيضاً الأستاذان أحمد نجيب اللحل وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي البيع يلبغان إلى أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الاقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال ( أنظر فقرة ١٨١ ) - أنظر في كل ذلك ما قد استأنفنا فقرة ١٦١ في الهامش .

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري عملاً بالحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية منه إلى البائع ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - - الأستاذان أحمد نجيب اللحل وحامد زكي فقرة ١٧٩ ) .

بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية . ويكون  
المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع (١) .

### ثانياً - بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

١٦٥ - أما لم يقر المالك الحقيقي البيع : ومواء أجاز المشتري  
البيع أو لم يجزه ، فإن للمالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسرى في حقه  
كما قلنا . ومن ثم يبق للمالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع ، ولا تنقل  
منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً . ويترب  
على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن للمالك الحقيقي يستطيع أن يرجع  
على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التمييز .

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قلنا ،  
فيسترد من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتبويض إذا كان مئـمـة  
النية . أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتبويض ، بل لا يرجع عليه بالتأخر  
فإن المشتري وهو حسن النية يملك التأخر بالمجازة . ويرجع المشتري من جانبته  
على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى القسح أو بدعوى الإبطال على النحو  
الذي بسطناه فيما تقدم . على أن المشتري قد يملك المبيع ، لا بقصد البيع ، ولكن  
بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو إذا كان حسن النية ، يكسب  
للمقول بالمجازة ، ويكسب العقار بالتقادم القصير . وإذا كان مئـمـة النية ،

---

(١) وقد قلنا أن المشتري قد يكسب الملكية ، لا من طريق أهوليته إلى البائع ، بل من طريق  
التقادم أو المجازة في المقول ، فمصحح البيع في هذه الحالة يده زوال السبب الذي كان يدعو إلى  
إبطاله . وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلتزم بالتسليم . يوضع اليد  
فقد لا يقره قسيرة . على ذلك ( أنظر آنفاً بقرة ١٥٤ في الخاتمة ) - وقد يكون البائع قد سبق  
له التصرف فيما يباع ثم استرد ملكه ، فمصحح مالم يكسبه المبيع . وقد قضت محكمة التمييز  
بأنه إذا تملك المشتري بأن البائع له ، وإن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع ، إلا أنه  
قد استرد ملكه بدعوى من المصلحة الذي كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجلاه .  
من كان حصل له التصرف أولاً ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا للدفاع . وتصل فيه بناء على أدلة  
متبعة حكماً ( نفس مدعي ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة حرر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٢ ) .

يكسب كلامنا من المقول والمقار بالتقدم الطويل . فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقدم ، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض . يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقدم كما قلنا ، فيقتضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقد المبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيقتضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار ، يطالبه بالتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيع شيء مملوكاً لغيره الأخير ، لاسيما إذا كان البائع يسمي النية فانه يكون في هذه الحالة متقصياً . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فان حسن النية لا يفي أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملكه (٣) . لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلاً في زكاة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض .

## ١٦٦ - إذا أقر المالك الحقيقي البيع : وقد بقر المالك الحقيقي البيع

بالرغم من أنه أجنبي عنه ، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قلنا . وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال السابق

(١) بودى وسينياقرة ١٢٥ - وانظر أيضاً قرقرة ١٥٤٩ في المجلد ورقرة ١٩٤ في المجلد .

(٢) استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المصودة الرسمية ٣٣ دلم ١٣٨ .

(٣) ليكون البائع بالرغم من حسن نية مرفعاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع ، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري كما سبق القول . ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع لا يبدأ حريان التقادم بالنسبة إليها من وقت رفع البائع يد على المبيع ، بل من وقت البيع الذي صدر به المشتري لغير سبب التعويض . وتقتصر دعوى وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع ( استئناف غطط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٣ ) .

الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقى بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار فى بيع عقار الغير . ومنى انتقلت الملكية إلى المشتري ، فقد زال السبب الذى من أجله جعل للمشرع البيع قابلاً للإبطال ، فيقلب صحيحاً بإقرار المالك الحقيقى (ratification) كما رأيناه يقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation) . بل إن الإقرار أبداً أولاً من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً فى حق المالك الحقيقى وينقل الملكية إلى المشتري (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدنى ، إذ تقول : « إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد فى حقه ، واقلب صحيحاً فى حق المشتري » (٢) .

ويقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري من وقت صدوره ، أى أن لإقرار المالك الحقيقى كما لإجازة المشتري فى هذا الشأن أثراً رجعياً . وسرى العقد فى حق المالك الحقيقى من وقت الإقرار ، فلا تنقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير . ويترب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقى قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره بالبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، وإجازة المشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئى (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ؛ ص ١٩٣ .

(٢) استئناف غنط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقى على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضماناً مطلقاً مع البائع يعتبر إقراراً بالبيع ، وليس من الضروري أن يرد الإقرار فى صيغة إقرار صريح (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٣٣ - أنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٩) . ولا يكون إقرار المالك الحقيقى بالبيع إقراراً عينياً بمجرد قبضه الفسخ ، بل لا بد أيضاً أن يصرح أن هذا هو مضمون ماله المبيع (استئناف غنط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) ، وقضت محكمة الاستئناف المخطئة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عليه أثناء تنفيذ الحكم ، فإذا باعه كان البيع بيع ملك للغير ، ويقبل إقرار المسجون بهد تنقيده مدة العقوبة وذلك المجرى عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦) .

(٣) يردى وسهنا فقرة ١٢٥ - بلائيول وريير وعامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ عايش ٥ وص ٥٥ - ميدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ .

وإذا ما انقلب العقد صحيحاً باقرار المالك الحقيقي ، بقى مرتباً لالتزاماته .  
فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتضت فعلاً باقرار المالك . ويكون ملتزماً  
كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل  
إقراره للبيع ، وملتزماً بضمان العيوب الخفية . أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع  
الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع (١) .

## ٥٢ - بيع المال السائل

١٦٧ - صور مختلفة : إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بخصص معينة  
من غير أن تفرض حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء في الشيوع  
( م ٨٢٥ مدني ) . وملك كل شريك في الشيوع حصته للشائعة ملكاً تاماً ، وله  
أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة . ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً  
متعددة ، نقف عند ثلاث منها :

(١) ويقول الأستاذ سليمان مرقس : « إن إقرار المالك يمد امتداداً به لما قام به البائع ،  
فترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار به بكل ما التزم به البائع ، أي أنه يحل  
في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة .  
فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالتكفل وأن يعرض عليه تسليم المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب  
المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التصرف أو بضمان العيوب الخفية عنه للاقتضاء . وترتب  
على إقرار المالك أيضاً أن تبرا ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع ، لأن هذه الالتزامات  
تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، عليه أن يؤدي  
عنه إلى المالك حساباً ، وأن يدفع إليه رصيده هذا الحساب كما لو كان وكيلاً عنه في عقد البيع »  
( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ - وانظر أيضاً الأستاذ جبل المرقري فقرة ٤٠٠ ص ٩٧ ) .  
ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك البيع يحل البائع في حكم التائب عنه ، فيصرف أثر العقد  
إلى المالك بهد أن كان منصرفاً إلى البائع ، وذلك بأثر رجعي من وقت البيع - لا من وقت  
الإقرار إلا في حقوق الغير - ويصح القول هنا إن الإجازة للائحة كالوكالة السابقة  
( ص ١٥١ ) فقرة ٣٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦ ) .  
أو يقال : إن المشتري ، في حالة إقرار المالك ، يكون له مغبنتان بالتضامن ( du solidum ) ،  
البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضامن بالمشتري ( فقرة ١١٣ ص ٢٤٦ ) .

١ - فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة، فيبيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . وهذه الصورة لا تثير إشكالا ، وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال الشائع (١) . وزجىء الكلام في تفصيلاتها ، فكانه الملكية الشائعة . ويلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المتقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المتقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به ( م ٨٣٣ مدني ) . أما في المقار فللشركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

٢ - وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفروز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه . ونبحث هذه الصورة هنا في إيجاز ، مرجعين التصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الخاص بمقتضى الملكية .

٣ - وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع على طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً، ونبحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز .

## ١ - بيع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ - **بيع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع** : إذا باع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفروز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء . ويجب لبيان الحكم في هذا القرض أن نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفروز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفروزة التي باعها .

---

(١) ويختلف المشتري البائع في حصته الشائعة ، وتصبح له جميع الحقوق التي للبائع ، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف ( بودرى وسهنا فقرة ١٢١ ص ١١٧ ) .



في الحالة الأولى يكون المفروض أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المقرض أو ما يعل عليه مما يقع في نصيب البائع عند القسمة . فإن وقع الجزء المقرض عند القسمة في نصيب البائع فقد خلص للمشتري، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المقرض المبيع إلى الجزء المقرض الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦، إذ تقول : « وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مقرض من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق التصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع ، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن يربص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المقرض المبيع في نصيب البائع ، فإن وقع فقد أصبح مالكا له خلفاً عن البائع ، ومنذ البيع يفضل الأثر الكاشف للقسمة ، وإلا فقد ملك الجزء المقرض الذي وقع فعلاً في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني (٣) .

(١) استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٣٢١ ( بيع بالمزاد الجبري ) .  
(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ — وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فبفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت ملكة لشريك البائع وقت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المقرض الذي يبيعه ، يكون قد ارتقى شراء ما ستركز عليه حصّة البائع الشائعة بعد القسمة .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ — وانظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الترائع ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ - استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ ( البيع صحيح إذا أنقذه باقي الشركاء ) - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٥ - وانظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلانا مطلقاً : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩ . وقد نصت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشيوع ، أن =

وفي الحالة الثانية ، إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشيوع ، فقد وقع في غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك . فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع . ويجوز إذن للمشتري ، قبل القسمة ، طلب إبطال البيع ، لافى حصص الشركاء الآخرين فحسب ، بل أيضاً في حصة الشريك البائع . وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، إذ تقول : « والمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (١) . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن

---

= يبيع ملكه محذراً مفرزاً . وحالة التحديد هذه ، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع ( نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨ ) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراح والمهاكم اختلقوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مال على الشيوع ، وترى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع . ذلك لأن المفروض فيه يشتري شيئاً محدد أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فبطل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور لاحتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها ( ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١ ) .

ولا يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى . ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشتري الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك ، ففي الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال ، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة ، إذ لا يجوز الخلط بين الأمر للكشف لقسمة والأمر المرجى لشرط . ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير . وكفكف يستطيع الشريك في الشيوع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فلذا رفع المشتري دعوى الإبطال ، جائز له أن يطلب إبطال البيع في كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن يشتري حصة البائع وحده ، وذلك كما في الاستحقاق الجزئى ( يبدان ١١ فقرة ١١٠ - فقرة ١١١ ) . وانظر أيضاً في القانون الفرنسى بوردو وسينيا فقرة ١٢١ ( وينصان إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة في الحالتين ) - بلايول وريجر وهامل ١٠ فقرة ٥١ - أنيسكلويدى والفروز ه لفظ *vente* فقرة ٣٧٠ - ٣٧١ .

يطلب المشتري إبطال البيع ، فوقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفصل الأثر الكاشف للقسمه ، فخلصت ملكيته للمشتري ، وانقلب البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع . وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصبرورة البائع مالكا للمبيع بعد البيع ، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددھا صحيحاً وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع . أما إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، فإن المشتري يستبق حقه في طلب إبطال البيع ، ولا يجبر على أخذ الجزء المفروز الذي وقع فعلا في نصيب البائع ، لأن الحلول العيني وفقاً لمادة ٨٢٦ مدني لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفروز إلا حصة في الشيوع (١) .

#### ١٦٩ - بيع الشريك كل المال الشائع : وإذا باع الشريك كل

المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للخلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير (٢) .

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن البائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفروز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة ،

---

(١) والمشتري بطبيعة الحال أن يميز المبيع ، فيأخذ الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفروز المبيع . وليس هذا تحولاً لعدم باطل ، بل هو إجازة لعدم قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفروز . أما إذا باع الشريك جزءاً شاملاً مجاوزاً فيه نصيبه في الشيوع ، فالبيع غير نافذ منه البداية فيما مجاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذي يملك شاملاً القدر الذي باعه مفروزاً لا يقبل منه ولا من شركائه الإعتداد بعدم نفاذ البيع في حصصهم مادامت القسمة لم تنع ولم يقع البيع في نصيبهم — هذا القول عليه أن يكون المبيع جزءاً مفروزاً مبنياً من الأموال الشائعة . أما إذا كان المبيع غير مفروز ، ويجوز للبائع مقدار نصيبه الشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجسدة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٢) . وانظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفروز أقل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (أستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥ .

كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كان حصل على إقرار الشركاء بالبيع أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تفريق عليه الصفقة .

#### ١٧٠ - أثر البيع في مفروض باقي الشركاء : وسواء وقع البيع على جزء

مفروض من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفروض أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . ويتخذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيجعل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشبوع مع سائر الشركاء . فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولأن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفروض أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأكثر الكاشف لها (١) . وعلى العكس من ذلك

---

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المذق السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والنفذة في حكم بيع الشريك جزءاً مفروضاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصص شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، وإنما وقع اغتلاظهم هذا في تقرير حكم القعد بين مقلديه . فن ذهب إلى اعتباره باطلاً جعل المشتري محل إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل المشتري سبيلاً حل البائع إلا أنه خروج المبيع من حصة بآله بالقسمة . أما في تقرير حكم القعد في حصة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المبيع شريكاً في المال المشاع أم مطلقاً ملكه من شريك فيه حل المشاع - فلا خلاف في أنه ليس المستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع وتوزيع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذن فكل ادعاء من قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه ، خليفاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه ( نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩ ) . وقضت أيضاً بأن الشريك في الشبوع في الزكاة أن يبيع حصة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن الزكاة لم تقسم قسمة إقرار ( نقض مدني ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام -

يخلص المشتري الجزء المفروز أو المال الشائع إذا وقع في نصيب البائع عند القسمة ،  
أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة (١) .

## ب - بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية : إذا كان هناك شركاء على الشيوع  
في مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال حيناً ، يبيع

== انقضى ٦ رقم ١٨٠ من ١٣٤١ ) . وقعت كذلك بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا  
على الشيوع ، أن يبيع ملكه محمداً مفزراً ، وأن حالة التصفية هذه وإن ظلت موقوفة أو حاطة  
على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع ، إلا أن هذا كله لا يبطئ عند البيع .  
وتيسجل المشتري لبقده تنقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً لباقي الشركاء يجب غناصته  
في دعوى القسمة إن لم يحز هؤلاء الباقيون من الشركاء مقده . وعلى ذلك فإنه ليس المستحق -  
سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متعلقاً بملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق  
في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لاقى نصيب البائع لذلك المشتري . وهذا الذي  
استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي  
في المادة ٦٢٨ منه ( نقض مدني ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧  
ص ٧٨٠ . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ -  
استئناف أسبوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ - ولكن قارن  
استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٩٤ ) .

(١) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الحطابة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ - الأستاذ أنور  
سلطان قرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده  
المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سلباً صحيحاً ؛ فإذا حاز المبيع خسر سنوات  
ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بمخصص للشركاء الآخرين ، ولم يعد هؤلاء الحق في استرداد  
حصصهم من تحت يده ( نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة مصر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ -  
الأستاذ أنور سلطان قرة ٤١٦ ص ٣٩٩ عاشر رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨  
ص ٤٧٢ ) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانشقاع بالمال  
المبيع بعد أن أصبح ملكاً لهم ولمشتري على الشيوع ( استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠  
الحطابة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦ ) . ولم أن يطالبوا بالقسمة ، فلذا تمت القسمة اختص كل منهم  
بما يقع في نصيبه ( الأستاذ سليمان مرقس قرة ٢٨٨ ص ٤٧٢ ) .

( م ٢٠ - الوسيط ج ٤ )

المال ليقسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشيوخ ، ومن أجل هذا سمى هذا البيع بيع التصفية . وقد يشترى المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن ، وقد يشتره أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئزال نصيبه فيه بقدر حصته . وزى من ذلك أن يبيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشيوخ ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة متفعين على الشيوخ ، جاز بيع التصفية (١) . ولا عبرة بسبب الشيوخ ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشيوخ فيما بينهم أو كان الشيوخ سبه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية . ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع . أما إذا وجد من يملك الرقة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذان لا يجوز بينهما القسمة ولا يبيع التصفية ، لأن الرقة غير حق الانتفاع . فإذا وجد ملاك شائعون الرقة ، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقة في يد أحد ملاك الرقة أو في يد أجنبي ، جاز بيع التصفية في الرقة لأنها شائعة ، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع (٢) . وكذلك إذا كانت الرقة في يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة متفعين على الشيوخ ، جاز بيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقة . أما إذا كانت الرقة

(١) ويصح أن يكون الشيء المملوك على الشيوخ حقاً شخصياً ، كحق المستأجر وحق المور له بالبيع ، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشيوخ ، أو تركوا ورثة متصدين ، جاز بيع الحق الشخصى بيع تصفية . كما يجوز بيع الدين التي لقرعة بيع تصفية ، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الديون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملاءة مدبليها (بودرى وسينيا فقرة ٧٣٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧) .

(٢) فيحق حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت بيع تصفية ، أو قائماً على الأجزاء المفترزة إذا حصلت القسمة شيئاً . وهناك رأي يلعب إلى جواز بيع العين كلها - رقة ومنطق - بيع تصفية ، ويكون للمتفع حق انتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأي غير سليم ، لأن المتفع لا يجبر على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك على لقسمه هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديمولوب ١٥ فقرة ٤٩٠ . جيوار ٢ فقرة ٧٣١ - لوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ - بودرى وسينيا فقرة ٧٢٨ ص ٧٦١) .

ملوكة لملك متعددين في الشيوع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لتضمن متعددين في الشيوع ، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة ، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية .

( الشرط الثاني ) أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر . وتنص المادة ٨٤٦ مدني في هذا الصدد على أنه « إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق الميئة في قانون المرافعات ، وتقتصر الزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » . وتنص المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزايدة . . . » . فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفردة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع . أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالصنعة والمبنى ، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية (١) .

١٧٢ - إجراءات بيع التصفية : إذا اتفق الشركاء جميعاً ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على إجراء بيع التصفية بالمهرسة أو بالمراد بطريقة يرسمون إجراءاتها ، جاز ذلك وجوب اتباع ما تنفوا عليه . وتقول المادة ٨٣٥ مدني في هذا الصدد « للشركاء ، إذا اتفق لإجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » .

(١) لن قبيل بيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ مدني من أنه « إذا كان بين أسرار التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري ما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه بهرته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاستغلال به . ومن هذا المستغل يقدم بحسب قيمته ، ويستزل من نصيبه الوراث في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاستغلال بالمستغل ، خصص لمن يطلب من بينهم أهل قربة بحيث لا تنقل من ثمن المثل » .

أما إذا لم يفتق الشركاء جميعاً على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فإنه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات . وقد رأينا أن المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات تنص على أن « المقار المملوك على الشيوع » إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيه بطريق الزائدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعينه التعجيل من الشركاء » (١) .

وخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر الزائدة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبي في المزايدة ، ورسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء (٢) .

**٢٧٣ - الواساء التي ترتب على بيع التصفية :** تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزايدة فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبياً . ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضه ، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه . فإن زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشترى به ، أخذ الباقي من أموال

(١) وتنص المادة ٧١٩ مرافعات على أن « تشمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٧١٣ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٧١٤ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع » . وتنص المادة ٧٢٠ مرافعات على أن « يجرى قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع اللذين المذكورين في المادة ٧١٥ وجميع الشركاء » . وتنص المادة ٧٢١ مرافعات على أن « لكل من الشركاء أن يبيع ما لديه من أوجه البطان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاقتراض على القائمة » . وتنص المادة ٧٢٢ مرافعات على أن « طبق على بيع المقار لعدم إمكان قسمته ودل بيه اختياراً الأحكام المقررة لبيع مقار الفلاس وعدم الأهلية والفائب ، فيما هذا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع » . والأحكام المشار إليها في النص تنفي بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع المقار بناء على طلب اللذين ( م ٧١٧ مرافعات ) .

(٢) وتنفي المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايدة « فيز الشركاء ، فلا يدخل أجنبي » ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ( أنظر في هذه المسألة بلايهرول وريبير وعسل ١٠ فترة ٢٢٤ ) .



أخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (route) للقسمه . وإن زاد الثمن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسمه . أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفيه بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري ، ونجبرى أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين المشتري (١) .

ومما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي : (١) يتقاضى على التسجيل رسم البيع ، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيا المتعاقدين ، إذا كان المشتري أجنبياً . ويتقاضى عليه رسم القسمه ، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ، إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تبقى إذا كان المشتري أجنبياً ، وتزول إذا كان المشتري أحد الشركاء وذلك فيا عدا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك . (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وبامتياز المضام إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٤) تسرى أحكام الثمن في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء . (٥) تسرى أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (٢) .

### ٣٩ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - التصرف في قانونية : تنص المادة ٤٧٧ من القانون المدني

على ما يأتي :

١٥ - إذا باع المريض مرض الموت لواوثة أو لغير واث بشئ يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الووثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث الثركة ، داخلها فيا المبيع ذاته .

(١) أما في التقسام الثمن ما بين الشركاء ، فنجرى أحكام القسمه . وانظر في حقوق الغير المكسرة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن برودي وسهنا فقرة ٧٤٧ .

(٢) انظر في فروع أخرى تترتب على هذا الاختلاف في الحكم برودي وسهنا فقرة ٧٤٣ - فقرة ٧٤٦ .

٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بحكمة التفتين .

٣- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعض حقاً عينياً على العين المبيعة (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التفتين الملحق السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدى حل وجه يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الوصية لوارث غير جائزة في ذلك الوقت ، ثم أزيلت بعد ذلك . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التفتين الملحق الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « فيما يجاوز الثلث » حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا تجاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سرهانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط . ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفاً و صواباً ، فرد ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية ومردده ظهور حتى آخر ورقة عند قرب أول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ) ص ٢١٦ - ص ٢١٩ ) .

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين الملحق الجديد ، ولكن بغير اشتراط الوضوح في الكسب بحسب نية . واشترط الوضوح في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٥٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ) ص ٢١٩ و ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ ) .

(٢) التفتين الملحق السابق : م ٣٢٠/٢٥٤ : لا يتخذ البيع الخاضع من المورث وهو في حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازه باقي الورثة . م ٣٢١/٢٥٥ : يجوز التفتين =

## وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري

== في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع . م ٢٥٩/٣٢٢ : فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، أزم المشتري ، بناء على طلب الورثة ، إما بفسخ البيع ، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلث مال المتوفى وقت البيع ، والمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين . م ٢٥٩ مكررة أهل : أحكام المادتين السابقتين لا تقصر في جميع الأحوال بمقتضى أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمقتضى من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بوضوح كانوا حسي قنية .

م ٢٢٣ غلط : أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذي يحكم في أهلية الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . وفي جميع الأحوال لا تنص أحكام المادتين المذكورتين بمقتضى أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمقتضى من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بوضوح كانوا حسي قنية .

[ ويلاحظ على نصوص التفتين المدني السابق ما يأتي : (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، إذ كانت الفرصة لوارث وقت ذلك لا تجوز . أما التفتين الجديد ، فلا حل فيه لهذا التمييز منه أصبحت الفرصة لوارث جائزة ( المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١ ) - (٢) أنها تصرح بعدم سريانها على أجنبي حيث يجب تطبيق قانون أصوله الشخصية ، وذلك لأن أحكام الميراث مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتعلق بانتقال أموال الميراث إلى الوراث وحقوق لوارث على هذه الأموال في مرض الموت ، فإذا كان هناك أجنبي لا تسرى في شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسرى أيضاً هذه النصوص في شأنه : قلن المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ ما جاء فيها أن أحكام البيع في مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو أجنبان . ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين ، بدليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيد التي أصبحت المادة ٩١٥ من التفتين الجديد والتي جاء فيها : تسرى على فرصة أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيد : تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تفتينات وتشريعات على فرصة من ناحية الموضع . . ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . أما الأجنبان فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضع لقانون الموضع ( ١٧ م مدني ) : انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ . الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٢٦١ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ - الأستاذ عبد النعم البدراني فقرة ٥٢٤ - (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاة في عهد التفتين المدني السابق . وهذه الأخطاء هي : أ - أولاً - خطأ ما هي متعارفة المادة ٢٥٩ مكررة ٣٢٢ لأحكام النصوص السابقة عليها لتتبع من أثرها ، فالتصريح على ذكر المادتين السابقتين ، وكان الواجب أن تقول : المواد الثلاث السابقة . ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح حرماً المتعلق بالمقابل به فقط . ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تفتين التركة إلى وقت البيع ، والصحيح ==

للمادتين ٤٤٥-٤٤٦ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٦٦-٤٦٧ -  
وفي التفتين المدني العراقي المادة ١/١١٠٩ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني  
لا مقابل (١) .

ونبين : (١) ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام  
البيع في مرض الموت .

== شرعاً أن ينظر في تقديرها إلى وقت الموت لا إلى وقت البيع ، وإن كان الوقتان في كثير من  
الأحوال يتقاربان . أنظر في التوفيق مابين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام التفتين المدني السابق  
مذكراتنا في البيع فقرة ١١٥ . وانظر في بيع المريض في عهد التفتين السابق : الأستاذين أحمد  
نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١٦ - فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ  
عبد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ -  
المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيد في عبثوعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - استئناف  
أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٥ المجبوعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص ٢٠٠ - استئناف مصر  
٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢/٤٣٠ ص ٨٢٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١  
الحاماة ١٢ رقم ٢٦٣ ص ٥٣١ .]

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٤٥-٤٤٦ (مطابقتان  
للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٣ ، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر  
في سورية بعد التفتين المدني قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه بمنع الوصية  
لوارث ، فوجب أن يراد ذلك في أحكام بيع المريض مرض الموت ) .  
التفتين المدني الليبي م ٤٦٦ - ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التفتين  
المدني المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ١/١١٠٩ : كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض  
الموت مقصور به التبرع أو الهابة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من هابة تصرفاً مسبباً إلى ما بعد  
الموت ، وتقرى عليه أحكام الوصية ( أنظر في التفتين المدني العراقي الأستاذ حسن القنون  
فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤١٤ ) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد في تفتين الموجبات والعقود اللبناني نصوص  
مخالفة لنصوص التفتين المدني المصري . وقد ورد فيه - على غرار التفتين المدني الفرنسي -  
نص ( هو المادة ٥١٦ ) يحرم على الطبيب قبول حبة من مريض في مرض الموت ليس من  
الغرياء الطبيب . وقد قصت المادة ٩٠٩ من التفتين المدني الفرنسي . بطلان - رفات الحاصلة  
في مرض الموت للأولاد والتهادة ورجال المعين .

## ١ - ماهو مرض الموت وتقييمه لتصرفات المريض

١٧٥ - ماهو مرض الموت : يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامي مفسراً بقضاء المحاكم . وقد جاء في الفتاوى الهندية : « المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا في خزائن المقتنين . حد مرض الموت تكلموا فيه ، واختار الفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن ، كما في المصبرات » (١) . وجاء في ابن عابدين : « في الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح ٥١ . وفي الإصاحبية من به مرض يشتكى منه وفي كثير من الأوقات . يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت » (٢) . ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين لفقه الجلفي - على ما يأتي : « مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على ذلك الحال قبل مروسة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتمل مرضه وتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت » (٣) .

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ .

(٢) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨ .

(٣) وعنه من نصوص مرشد الخيروان في البيع في مرض الموت : ٣٥٨ م - بيع المريض في مرض موته لو اراده موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بين المثل ثلث أجزؤه جزء ، وإن لم يميزه بثلث - ٣٥٩ م - يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بين المثل أو بثلث بغير ، ولا يحد الثلثين البعير عاهلة عند عدم استراق الثلثين - ٣٦٠ م - إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بثلثين فاحس نقصاً في الثلث ، فهو عاهلة تستبر من ثلثه . فإن خرجت من ثلث ماله بعد الثلثين ، بأن كان الثلث في بها لزم البيع ، وإن كان الثلث لا في بها بأن زادت عليه بغير المشتري بين أن يدفع كورثة لقرائه لإكمال ما نقص من الثلثين أو يدفع البيع .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

(١) أن يعقد المرض المريض عن قضاء مصالحه . (٢) وأن يظلب فيه الموت . (٣) وأن ينتهى بالموت فعلاً . فهذه العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الإسلامى يقف عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فإنه يكتفى بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كأنه يقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا ، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه إنما يوصى ، فيجمل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمره ، فهذا بحث عسير إن لم يكن مستعزلاً ، ويكفى أن تقوم هذه العلامات المادية بأمارات على حالة النفسية ، فتقف عندها ، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك . على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالحكموم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب ، فإنه يعتبر في حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية .

فتستعرض شروط مرض الموت الثلاثة ، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى .

#### ١٧٦ - المرض يفرض المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض

المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كاللحهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحاجات المنزلية إذا كان المريض من الأناث (١) . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويقت مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه (٢) .

---

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ الحامدة ٥ رقم ١/٤٨٦ ص ٢٩٦ - استئناف غظط ٢٢ مارس سنة ١٩٣١ م ٢٢ ص ١٣٥ .

(٢) ولا مبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى الحكمة للصديق على المقعد الصادرته ، لأن الكاتب القنص بالصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع ( استئناف مصر ... )

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت . فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون في حاجة إلى من يماونه عليها ، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أوهته ، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت ، ويكون تصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١) . أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما إذا كان محترفا حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيقعد مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت .

١٧٧ - ويغلب في المرض خوف الموت : ولا يمكن أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت ، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض في قلبه فيعجزه عن المشي ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز

٦ = مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤/٢٢٠ - ص ٤٤٠ - قارن مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ الهامة الشرعية ص ٤٠٣ . وقد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض أعمال فردية ، كالمضور أمام محكمة الجنت للدفاع عن نفسه في حجة تبديع ( محكمة - ص ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ٩ رقم ٦/٥٣٩ ص ٩٩٦ ) . (١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت ، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان . أما مرض الموت فهو المرض الذي يمتري الإنسان شيئاً أم شاباً ، وينتهي بالموت ، بحيث يشعر المصاب منه بقرب انتهاء أجله ( ٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ المحسومة الشرعية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦٦ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستئناف ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ ص ٥٤٦ - بين سوياف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨ ) .

عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يطلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (١). وكذلك الأمراض الزمنة ، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في هذا الوقت مرضى موت ، وسنعود إلى بيان ذلك .

وقد ظهر مما قلناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه ، لا يبقى عن الشرط الثاني وهو أن يطلب في المرض خوف الموت . ولكن هل يعني الشرط الثاني عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يذهب إلى أنه يعني ، فيمكن أن يطلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه (٢) . وهناك رأى آخر يستبقى الشرطين معاً ، ويجعل الأصل

---

(١) وقد جاء في شرح الأستاذ سليم باز لقاعدة ١٥٩٥ من المجلة في غرض شرطى القعود عن قضاء المصالح وظلة الموت ما يأتي : « مرض الموت هو الذي يطلب فيه خوف الموت ، ويجوز مع المريض من رؤية مصالحه عاجلاً من دأره إن كان من المذكور كسب الفقه من الإتيان إلى المسجد وعجز السوق من الإتيان إلى مكانه . قال في رد المحتار ينبغي أن يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ، إذ لو كان معتزلاً بجملة شاة ، كما لو كان مكارياً أو حالاً على ظهره أو دقناً أو نجاراً أو نحو ذلك ما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض ، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق ، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه . وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان البيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مرضى بحسب اختلاف المصالح ، فتأمل . ثم هذا إنما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض فكبر أو علة في وجبه فلا يظهر ، فينبغي اختيار ظلة الهلاك في حقه . وهو ما قاله أبو الهيث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت ، بل البعوضة لظلة الهلاك ، لو القابل من هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت . ويظهر اعتداله لما علمت من أنه كان يقضى به الصدر الشجيه ، وأن كلام محمد يدل عليه ، ولا خلاف فيما كان عاجزاً قبل المرض . ويؤيده أن من ألحق بالمرض ، كن بارز وجلا ونحوه ، إنما اعتبر فيه ظلة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تنجز عن مصالحها داخل البيت كما في البرازية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبع دون صعود السلط لم تكن مريضة ، قال في التبر وهو الظاهر ٨١ . ( شرح سليم باز ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨ ) .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) . وانظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسى بقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وانظر استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المبدوعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولي سنة ١٨٩١ المخفوق ٦ ص ١٥٣ .



فيها هو أن يغلب في المرض خوف الموت ، أما تعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت . وينفي عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنفي عن هذا الشعور ، ففي ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يمكن أن يغلب في المرض خوف الموت ، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك ، وتعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضماً مادياً يدل على شعوره بذلك (١) .

**١٧٨ - وينتهي المرض بالموت قصور :** ويجب أخيراً أن ينتهي المرض بالموت فعلاً (٢) . فإذا أصيب شخص بمرض أفضده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك يرى منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . وزى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، كان تصرفه معتداً به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً . فإذا انتهى المرض

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : « ولأن بعض من يكون مطعوناً أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف من الخروج لصداق أو هزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك، لكنه لم يميزه عن مصالحه، كما يكون في ابتداء المرض، لا يكون مريضاً . وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزاد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح ، هذا ما ظهر لـ أ. ح. شرح المجلد ٨ ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨ ) - وقد قضى بأن المصاب بالبول السكري إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت ، إذا ثبت أنه لم يكن منه وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله ، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعماله الشخصية وهو في منزله (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجلد ٨ ص ٣١٤) :

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض ، كان قتل المريض أو غرق . ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولو لم يمت بهذا السبب لعارض مات بسبب المرض (الأستاذ عبد المتعم البدراوي فقرة ٤١٧ ص ٦٠٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧) .

بالموت (١) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وجزا الطعن فيه حل هذا الأساس . وإذا شئى المريض ، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع في مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (٢) . ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليصرف ، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يطله لهذا العيب .

وقد يطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسيل ، ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة . والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوفاة الأولى مرض موت إذا طال دون أن تشتد ، بحيث يطعن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ، ولم يعد هناك منه خطر داهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه القراش ، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل . لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك ، وسامت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدينو الأجل ، واستمر المرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (٣) . وهناك رأى في الفقه الإسلامى - أخذت به المجلة - يقدر المدة التى يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة ، فإذا طال المرض المزمّن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . وإذا اشتد المرض بعد

---

(١) حل أن ينت المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المحرق ٢٥ ص ٥) . فإذا انتهى بمرض آخر (دوسنطارى حادة) هو الذى انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ ص ٣٠٦) .

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز الورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الاستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى نفرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل موسى ص ٤٩٣ هامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرابوى نفرة ٤١٨) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن السيل ، وإن كان من الأمراض التى تطول مدتها ، إذا دخل في دور جديد واشتدت وطأته ، يحمل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلية البطلان (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المحرق ٣٣ ص ٥٩) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يحجر مرض موت تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى ، فهى من الأمراض المزمنة التى =

فلك حتى انتهى بالموت قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١) . وقد أخذ القضاء المعترى بهذا الرأي في أكثر أحكامه (٢) ،

== لا يصح اعتبار ما في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بظورتها ، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفكك خطوطها اعتبر مرض موت ( ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦ ) . — وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتياص البول وتقسيم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت ( ٤ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥ ) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت التهاب الشبكي المزمن ما لم يتزايد ( ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١١ ص ٣٠٤ ) . — وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شعية ، ولو توفى به شخص فجأة في سن يندر في الجليل الحاضر تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل التبولت ( ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨ — المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠ ) . وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحسها بجهد تصعب التفرقة بينهما . ويجب أن يكون المرض مستمراً وحالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسین واضحة ، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر به المرض متقطعاً مع تداخل هذه الانتكاس الأخيرة . وحينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير يمت ستاً ، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر ميت ، فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذي يعتبر مرض موت ( ٧ مايو سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١١ ص ١٧ ) . وقضت أيضاً بأن الإسهال بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت ( ١٢ يناير سنة ١٩١٦ القرائع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢ ) .

(١) وقد جاد في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « وإن امتد مرضه وقضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته تصرفات الصحيح ، ما لم يشتر مرضه ويظهر حاله . فظهر من هذا أن مرض الموت يقيد بغير الأمراض المزمنة التي طالت ولم يتف منها الموت ، كالنفس الج ونحوه ، وإن صيرته ذات غرائز ومنته من القذاب في حوائج . فلو أصاب رجلاً فالج فذهب لسانه ، أو مرض فلم يقدر على الكلام ، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً ، وقد تقدم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الأعرج الصحيح . وكذا صاحب البهل إذا ألقى عليه منة ، فهو بمنزلة الصحيح . ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، يمد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت ( شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨ ) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض منته السرطان أو البهل إذا أنه يظل أكثر من سنة قبل أن يأتى على حياة المصاب به ، وعلى القرائن أن يثبت أن المورث الذي مات بمرض السرطان أو البهل لم يمكث مرضه أكثر من سنة ( ١٨ يونيو سنة ١٩١٧ الهامة ==

واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل . وكذلك يكفي أن يشتد المرض ويطرد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت ، ليكون المريض مريض موت من وقت اشتداده ، حتى لو بقي مشتتاً مدة أطول من سنة ولم يمض للمريض إلا بعد انقضاءها (١) .

### ١٧٩ - المصالح الزمنية تقوم بـم حالة نفسية تجعلهم في حكم

**المريض مريض الموت :** وقد قلنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أسلحة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله . فأية حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه

= الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٠٧  
المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ -  
٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٣١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣  
رقم ٣٦ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٣ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر  
سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ١٩ - ٢٣١٤ مارس سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١/٨٤  
ص ١٤٢ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ الحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ - استئناف مخطوط  
١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٧٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٢ .  
ويجب حساب السنة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت ( استئناف مخطوط ٢٢ مايو  
سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥  
م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢  
م ٣٤ ص ٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٢٠  
م ٤٢ ص ٣١٥ ) .

(١) وقد قلعت محكمة الإستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخذ حتماً في الإزدياد لغاية الوفاة ، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة . أما التعبير القانوني بـصحة المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة فليس تحديداً حقيقياً ، ولكنه ينطبق فقط على الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طويلاً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته . أما المرض الذي يأخذ سيراً مستمراً بغير تحسن محسوس في مدته ، بل يتشفي نحو الإزدياد وينتهي بالموت ، فهو مرض الموت مهما كانت مدته (٦ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٢) .

الحالة بالذات ، وتكون تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً . فالهكوم عليه بالإعدام وينظر التنفيذ ، ومن كان في سفينة على وشك الفرق ولم تنبأ له وسائل الانتقاذ ، ومن داهمه حريق لا سبيل للتجاة منها ، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نيته على الانتحار ، كل هؤلاء أحصاه ليس بهم مرض ، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (١) .

**٩٨- اثبات مرض الموت :** ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، ومنها البيئة والقرائن (٢) . وأكثر

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز : « ومن بارز وجلا ، أو لهم ليقفل في قصاص أو دمج ، أو يبقى على لوح من السفينة ، أو اقتصره سبع وبقي في فيه ، فهو كريض مرض الموت ٥١ . وفي المنتهى ومن كان محبوساً في السجن ليقفل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض . وإذا أخرج ليقفل ، فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض . ولو أُميد إلى السجن ولم يقتل ، أو أُرِج بعد المباشرة إلى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه حكم المريض الذي يبره من مرضه تنفذ تصرفاته من جميع ماله . والمرأة إذا أعطها لطلق ، فافلته في تلك الحالة يعتبر من تلك المالا ، وإن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله ٥١ » (شرح المجلة للاستاذ سليم باز ص ٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ .

ونحن من البيان أن العبرة بحالة الإنسان النفسية ، فمن كان محكوما عليه بالإعدام وهو في السجن وينظر التنفيذ ، يعلو ، بالرغم مما جاء في شرح المجلة نقلاً عن المنتهى ، أن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت . فالذا صدر صفو عنه ، أو نجا من كان على وشك الفرق أو من كان في حكمه ، فإنه يعتبر في حكم المريض مرضاً يطلب فيه الخلاص ولم يمت بالموت بل يبره منه المريض ، فلا يكون قد رقت حتى يلحق في التصرف ، ولكن يجوز التصرف نفسه أن يظن في التصرف بالنظر كما سبق التوضيح .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت حكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن اقتبادهتين الطبيعيتين المقتضيتين فيها من مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي ، وأن هذا المرض اختفى به وقت تحرير القيد المطعون عليه ، ثم فندت الطعون الموجبة إلى الشهادة المقدمة من المصادر له القصد ، فأنها تكون قد أوردت =

ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه . كذلك يثبت بشهادة الشهود ، ويتضح حياة المريض في أيامه الأخيرة . وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خطأً لمورثهم وليسوا غيراً من حيث ثبوت التاريخ ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم . ولكن لم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ المصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته . فإذا أثبتوا ذلك - ولم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات لأهم يثبتون خطأً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنينها فيما يلي .

== في حكمها من الأسباب ما يمكن لحمل قضائها ( نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٩٢ ص ٣٦٥ ) . ونقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يوجب فيه الهلاك وانتهى قبل بوفاتها ، وهذا يمكن ( نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ ص ١٥٨ ) . ونقضت كذلك بأنه متى كان الحكم إذ نفى حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السالفة التي أوردتها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق حل فترة مرض عادي لا يوجب فيه الهلاك ، فإن هذا الذي قرره لا يجب فيه ( نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٥ ص ٢٣٧ ) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانونية ، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها لمحنة النقض في ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضائها على أسباب سائلة .

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط ( فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ ) أن الإرث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت . وقلنا في هذا الصدد : « والذي أوقع الجس في هذه المسألة هو الخلط ما بين الغيرية في سريان التصرف والغيرية في ثبوت التاريخ . فالإرث ، في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه »

## ١٨١- سبب تغيير التصرف في مرض الموت : وإذا كان التصرف

الذى يصدر في مرض الموت مقيداً ، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته . فالمرضى مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنتقص هذه الأهلية ، فإدام حياً حافظاً لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته . ولو وقع أن المريض أفقده التمييز ، فإن التصرف الذى يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلاً لانعدام التمييز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت .

وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) . فإنه من المقرر في الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى

---

== التصرفات في سقه ، فهي لا تسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة . ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرق للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح . ( الوسيط جزء ٢٠٥ فقرة ١١٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ ) . وانظر مقال الأستاذ سليمان مرسى في قوة المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يعلن فيها بصدورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤ ، وإلى هذا المقال يرجع الفضل في تحول الفقه المصرى إلى رأى الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا ( الوسيط ٢ ص ٢٠٦ هامش رقم ١ ) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج المصدة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم البدروى فقرة ٤١٩ .

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين ( استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المبحوثة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦ ) . ومنها تسجيل البعده تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلاً تاماً ( استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ لثرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥ ) . ومنها أن يكون البعده قد تمرد قبل الوفاة بأيام قليلة عالم يمكن البائع قد مات فجأة ( استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ لثرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦ ) . ولا مانع من الظن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الظن فيه بالتزوير ( محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الحامدة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦ ) .

(١) وحل هذا انقضاء إجماع الفقه المصرى : الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٠٦ وضرة ٢٩٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدروى فقرة ٤١٨ .

يموت فيه . فإذا صدقت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض ، كان لهذه التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله ، قائماً بقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته ، لافى المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها . ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى ، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة . فكل تبرع يحصل في مرض الموت يتخذ إذن بقيود الوصية ، وحتى المطبوعات إذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بمن أقل من قيمة المبيع ، يكون لها هي أيضاً في التقدير المحاق به حكم الوصية . ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر في موت الموت إذا انطوى على تبرع فيها تجاوز ثلث التركة لا يكون باطلاً ولا يكون قابلاً للابطال (١) ، بل يكون فيها تجاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة (٢) . فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بأجازتهم ، فإذا لم توجد ورة نفذ التصرف في كل المال .

وقد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت . فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بئس المرض ، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث (٣) . وأيا كانت طبيعة حق الورثة ،

(١) قانون الأسفلين أحد نجيب الحلال وحامد زكى ققرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ٢٩٠ .

(٢) رسلط دعوى عدم نفاذ الصرف بنحو عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحد نجيب الحلال وحامد زكى وهما رأيا بدعوى بطلان ) ، فلا يمكن إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون سنة السقوط (استئناف جنيف ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٧٢) ، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف لسيوط بأن سكوت الورث بعد وفاة المورث مع ظهور النقد ونقل التكليف المشتري دون أن يلحق الورث ، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر إجازة الضمنية الصادر في مرض الموت ( ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ ) .

(٣) ضد القاضي لا يثبت الإرث إلا عند الموت ، وفي المسألة خلاف عند الحنفية . ويظهر أثر ذلك في المعلقة دون رضاها خلافاً باتناً في مرض الموت ومات مملوها وهي في العدة ، هل ترث أو لا ترث؟ عند الحنفية ترث ، وعند الشافعية لا ترث . ويورد صاحب البدائع صحيح =



فانه حتى يتقيد من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه .

== القريتين على قرحة الآق : وإن كان (الفلان) يغير رعاها فلأنها تراث من زوجها حته ،  
وحته الشافى لا تراث . ومعرفة هذه المسألة مبينة على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط  
الاستحقاق ووقته . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها التكاثر ...  
واختلف فى الوقت الذى يصير التكاثر سبباً لاستحقاق الإرث . وحته الشافى هو وقت الموت ،  
فإن كان التكاثر قائماً وقت الموت ثبت الإرث ، وإلا فلا . واختلف مشايخنا . قال بعضهم هو وقت  
مرض الموت ، والتكاثر كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى إبقائه من  
وجه إلى وقت الموت ليحيز سبباً . وتقسيم الاستحقاق متقدم هو ثبوت الملك من كل وجه فوارث  
من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وقت الموت مقصوداً عليه وهو طريق الاستناد ، وما  
طريقنا مشايخنا للمتقين . وقال بعضهم : وهو طريق المتأخرين منهم ، إن التكاثر القائم وقت مرض  
الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك فوارث أصلاً لا من كل  
وجه ولا من وجه . وجه قول الشافى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت ، لأن المال قبل الموت  
ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته ، فلا بد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب هنا إلا التكاثر ،  
وله زال بالإهانة والقتل ، فلا يثبت الإرث ، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء القصة ولا يورث الزوج  
منها بلا خلاف ولو كان التكاثر قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين  
فدل أنها زائلة . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمقول . أما الإجماع ... وأما المقول  
فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجه مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث ، كما إذا ظقت خلافاً  
رجبياً . ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه ، وأما الكلام فى وقت الاستحقاق . فنقول  
وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما على التفسير الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه  
أو من وجه ، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمقول .  
أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث  
أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعماركم ، أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم فى ثلث أعماركم  
زيادة على أعماركم . أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبق لهم الملك فى ثلث أعمارهم ليكون  
الوسيلة إلى الزيادة فى أعمارهم بالصرف إلى وجوه الخير ، لأن مثل هذا الكلام يخرج الإجماع  
عن المنه ، وآخر أعمارهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن  
لهم عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، إذ الحكم فى موقع بيان المنه لا يترك أهل المتن  
ويذكر أدناهما . وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ووقته ، لأنهم أقرب الناس إليه .. وأما  
إجماع الصحابة رضى الله عنهم .. وأما دلالة الإجماع فهم أنه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث  
فى حق الأجانب ، وفى حق القروية لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان القروية أن يأخذوا الموهوب  
من يده الموهوب له من غير رضاء إذا لم ينفذ القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضاء .  
فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يؤول إلى القروية لما بينا . وأما المقول فهو أن  
المال الفاضل عن حاجات الميت يصرف إلى القروية بلا خلاف ، والكلام فيما إذا فصل ووقع  
من وقت المرض الفراغ من حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه  
فوارث فى المال الفاضل من حوائج الميت ، فدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة . وأما على ==

ولما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسرى إلا في حق من تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجري في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد في حقه (١).

**١٨٢ - الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت :** وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت ، أيأ كان هذا التصرف يبيعاً أو غير بيع . فنصت المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي : ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يمتنع على الورثة بتأريخ السند إذا لم يكن هذا التأريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق

---

== التفسير الثالث، وهو ثبوت حق الإرث رأساً ، فدلالة الإجماع والمقول . أما دلالة الإجماع فهو أن ينقض تبرعه بعد الموت ، ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أجل في عمل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغي ألا ينقض ، فدل حق النقص على تعلق الحق . وأما المقول فهو أن النكاح حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث ، ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به ، والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالاً لحقها . وذلك إضرار بها . فورد عليه ( المذلل ٣ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠ ) . وانظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ١٠ - ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد نفقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان البائع أجنبياً: ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٢ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٤٧٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

بالبيع (١) ، وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني تنص على ما يأتي :

« ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ . فإذا صدر بيع من المورث ، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف ، فأول شيء يجب على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مودتهم وهو في مرض موته . ولم يثبت ذلك بجميع الطرق ، ويكون التاريخ العرفي للبيع حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك . فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن النص يفترض أن البيع حقيقته حبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري . ولكن هذا الفرض قابل لإثبات العكس (٢) ، وعلى المشتري ليقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٣) . فإذا

(١) ولم يكن التفتين المدني السابق يشتمل على نص مماثل نص المادة ٩١٦ من التفتين المدني الجديد ، ولذلك تضارب القضاء في مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع . ففقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوراث لا تسري عليه أحكام البيع ( ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤ ) . ولكن إقرار المريض لورثته يسرى عليه حكم البيع ( استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ٨٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٠ ص ٤٤٠ - المنصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣٧ ص ٦٧ - الزقازيق ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص ٨٤٨ - الزقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الجمعية الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسبوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انظر عكس ذلك أي عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت : استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الزقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الجمعية الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥ ) . أما الإقرار فلا يتأثر بصدوره في مرض الموت ( مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٠ ) .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٨٨٦ - قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٤ .

(٣) ولا يجوز المشتري التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في حقه البيع ، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به ، ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري معاخذتان على تصوير أن هناك ثمناً دفع ( الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١ ) .

لم يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر المبيع - فى المبيع كله فى الصورة الأولى وفى حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن فى الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وهذا ما نتكفل الآن ببيانه .

### ب - أحكام المبيع فى مرض الموت

١٨٣ - فروض مختلفة : المبيع فى مرض الموت إما أن يكون بشئ لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بشئ يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بشئ يقل بما يجاوز هذا الثلث ، أو بشئ ثمن أصلاً وفى هذه الحالة يكون المبيع حبة مسترة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر ، ثم نبحثها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قلنا أن الورثة إذا أثبتوا أن المبيع قد صدر فى مرض الموت ، فإن المبيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون حبة بغير ثمن ، ولا حبرة بالثمن المذكور فى العقد . وحل المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك . فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً ، كان المبيع حبة . وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار مادفعه ، لم تخل الحال كما قلنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوز (١) .

---

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين ، فكل عناية أو تبرع فى مرض الموت يعتبر فى حكم الوصية ، فتتقدم عليها الديون ، ولا تغز إذا كانت التركة مستقرّة . وقد جاء فى المادة ٣٦١ من مرشد المحرران فى هذا المعنى : « إذا باع المريض لأجنبى ( أو لغير أجنبى من باب أول ) شيئاً من ماله بصحابة فاحشة أو هبيرة ، وكان مديوناً بدين مستغرق لماله ، فلا تصح العناية سواء أجازته الورثة أم لم يجزوه . وبغير المشتري من قبل أصحاب الديون ، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، وإلا فسح المبيع . فإن كان قد تصرف فى المبيع قبل الفسخ ، تلزمه قيمته بالثمن ما بلغت - وإذا برهه المريض من مرضه ، جاز له الدائنين الطعن بالدعوى البرلمانية فى تصرفه باعتباره تبرعاً ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال فقررة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقررة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧ ) ، وهذا فرق دعوى الإبطال لعلل التى تكون المريض نفسه بهد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول ، ودعى دعوى يجوز للدائنين أن يرفضوها باسمه .

**١٨٤ - البيع بما لا يقل عن القيمة :** إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحاً نافلاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، في جميع أحكام بيع المريض مريض الموت ، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع . أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام . فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً ، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع<sup>(١)</sup> . كذلك تفضل قيمة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن إليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فإن البيع يكون بمثل القيمة .

---

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - ويثبت المال لا يعتبر وارثاً ، فالبيع في مرض الموت لزوجة صحيح إذا لم يكن الزوج وارث آخر . ولذلك لا يصبح لبيت المال (الحكومة) أن يطعن في العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تستحق التركة إذا خلت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الإرث ، بل لاعتبارها مالاً لا مالك له (محنة الجبان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٤٧ ص ١٢٧ - وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٢٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف غنط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢) . وهذا الحكم يتفوق ما جاء في الفقه الإسلامي من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مالك له (أحكام القرآن مجلد ٢ ص ١٠٠ - وانظر الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هاشم رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) - وقد جاء في قانون الفرية نص صريح في هذا المعنى ، ففصلت المادة ٢٧ من هذا القانون بأن «تفضل وصية من لا عهد عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة» .

وقد كان البيع بمثل القيمة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث ينفع التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه . أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأي صاحبين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب إلى أن البيع لا ينفع في حق الورثة إلا بإجازتهم ، لأن المورث خص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والإيثار ، وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة (١) .

#### ١٨٥ - البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت

المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار مادفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع كوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته ( م ١/٤٧٧ مدني ) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفع إلا بإجازة الورثة (٢) . ذلك

(١) الأستاذان أخذ نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجلد ٢٢ رقم ١٩ - ٤ مايو

سنة ١٩٢١ المجلد ٢٢ رقم ١٧ .

أن أية عصابة في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية في عهد  
التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون  
الوصية ( رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ) يجوز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة  
الورثة (١) .

**١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة :** وإذا لم يستطع  
المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت  
بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً ، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون  
نافلاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بلجازتهم (٢) . وهذا هو حكم

(١) والقيمة في معرفة أي حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فإن كان هذا التاريخ قبل  
تغليظ التشريع الذي يجيز الوصية لوارث ( قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ) ، فعلم التقنين  
القديم هو الذي يسرى ، وإلا فعلم التقنين الجديد .

وكان القضاء في العهد السابق يكشف من تحايل الميراث إذا باع لغير وارث ثم يحول المشتري  
البيع إلى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحويل العقد من الولد إلى أمه  
فيه تحايل ، ويتميز أيضاً صادراً لوارث في مرض الموت ( استئناف مصر ٣١ ديسمبر  
سنة ١٩٣٥ الأهامة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨ ) .

(٢) نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف  
وطي ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أجل التبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث الميز صبيّاً  
أو مجنوناً أو مجبوراً عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت . والميز إذا كان  
مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بقدر إجازة ورثته ( الاستاذان  
أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٠٦ هامش رقم ٢ ) . ويجب أن يكون الميز مالماً بالمعيب  
وراهياً في تصحيحه ، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى  
التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أود بذلك الموافقة حل التصرف ( نقض مدني ٢٠ مايو  
سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ٢٩٦ - استئناف وطى أول فبراير سنة ١٩١٠  
المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ ٩٢  
ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ ) .

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت ، فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة في نفس  
العقد لا يجزئ إجازة ، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت . وإجازة بعض الورثة دون  
بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجزائهم للورثة ( نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢  
رقم ٥٧ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه ) . ويجوز المشتري أن يطلب للورثة

الوصية ، وقد قدمنا أن المقدار المحاسب به يعتبر في حكم الوصية . ويسوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان ألف ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة ، فإن المقدار الذي حوّل به المشتري يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره سبائة - بمائتين . فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة ، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم . فإن لم تجز الورثة في المائتين ، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة . والمشتري أن يفسخ البيع ، فيرد الدار للتركة ، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه (٢) .

== ليلتوا ما إذا كانوا يجيزون التصرف أو لا يجيزونه ، وأن يلتصق به إل انقضاء لتحديد مهاد لذلك ، لكن إذا انقضى المهاد عد هذا علم إجازة منهم التصرف ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٤٢٢ ) . وسكوت الواوٲ بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يظن الواوٲ ، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته ، يعتبر إجازة ضمنية لعقد الصادق في مرض الموت ( استئناف أسوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المصموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٢ وقد سقت الإشارة إلى هذا الحكم ) .

وإذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصي لهم ، واقتسموا الثلث نسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل الرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أنفسهم تاريخاً أو تسجيلاً ( استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٠ / ص ٨٢٨ ) . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصي له يعتبر بيع الموصي في مرض موته هو أيضاً في حكم القرصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقصاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة ( قارن استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المصموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتطبيق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٠٨ عاشر رقم ١ ) .

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أيها كان المقدار المحاسب به ولو كان البيع في حقيقة جبة ، ولا يعتبر بيت المال وارفثا كما سبق لقول ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦ ) .

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا قبلل ثمانية بينهم وبين المشتري ، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اعتبر اعتبر البيع فيها غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسوط لوارث أن ==



وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد الضيق  
للمنفى السابق يجري التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم  
هو ما قلناه (١) ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع  
الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب - إلا بإجازتهم (٢) .

١٨٧ - التصرف بغير إذن أصغر: وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه  
دفع ثمناً ما للمريض ، اعتبر التصرف هبة بغير إذن ، وكان لها حكم الوصية  
لأنها وقعت في مرض الموت . فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ،  
نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين  
على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم  
يجزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أى أن يرد  
إليها ما بقي بكتلة ثلثها . ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث  
أو لغير وارث . فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان ، ولم  
يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وكانت قيمة التركة - ويخل  
في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف ، فإن التصرف ينفذ في حق  
الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة .  
أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فإن قيمة الدار تجاوز  
ثلث التركة بمقدار ألف ، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف  
له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذي قلناه .

---

== ما عدا حقه وهو الثلثان مياً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩  
المطبعة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف صبر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المطبعة ١١  
ص ٨٢٨) .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الملالي وحليم زكي فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه  
والفتاوى المشار إليها .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الملالي وحليم زكي فقرة ٢١٥ . والعبارة في صيغة أي حكم يجرى  
تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ١٧  
لسنة ١٩٤٦) الذي يميز الوصية لوارث فحكم الضيق القديم هو الذي يجرى ، وإلا فحكم  
الضيق الجديد .

وقد كان التصرف بغير إذن أصلاً في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان التصرف لوارث فلا يتخذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم تزد - إلا بانجازة الورثة ، فإذا لم يجزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة (١).

١٨٨ - حماية الغير حسن النية : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا يتخذ فيها تصرف المريض في حق الورثة إلا بانجازتهم ، وهما : (١) إذا تصرف بغير إذن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة . (٢) أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

ففي هاتين الحالتين إذا لم تجز الورثة ، ولم يرد التصرف إليه إلى التركة ما بقي بتكلمة ثلثها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما بقي بتكلمة ثلثي التركة . وإذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (٢). أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ، بأن باعها مثلاً من شخص آخر ، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ، أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص البائع (٣) . وتقول المادة ٤٧٨ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد ما يأتي : « لا تسري أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة » . ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض .

(١) والمادة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (دقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) الذي يميز الوصية للوارث سوى حكم التقنين السابق ، ولا فيسري حكم التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازها المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما إذا كان المشتري سوء النية ، كأن أمطه الورثة قبل أن يقدم على الفراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض ، لم يجز له أن يطلب الحماية (استئناف غنط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧) .

والحكم لا يتغير فيها إذا كان المتصرف له رهن العين أو زتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عيني آخر ، وكان من تلقى الحق العيني حسن النية . فيجب في هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني ، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهي عملة بهذا الحق (١) .

#### ٤ - بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون

#### ١٨٩ - وضع المسألة - سريانه مبادئ الفقه الاسلامي :

قدما أن هناك صوراً مختلفة لبيع التركة ، وقد استبعدنا من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية في تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلية . وعالجنا صورة تالفة هي بيع الوارث لحصته في التركة أى لتصيبه في مجموع من المال مع ضمان صفته كوارث ، سواء كان البيع لغير وارث أو كان لوارث وهو التنازع . ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهي بيع الوارث لعين معينة بالذات مع أعيان التركة قبل سداد الديون .

لو أننا كنا نطبق مبادئ القانون الفرنسي ، حيث تنفضل الديون إلى ذمة الورثة كما تنتقل الحقوق ، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون . فان هذه الأعيان قد انتقلت إلى ملكيته بمجرد موت المورث وقبول الوارث للميراث ، كما أن الديون قد انتقلت إلى ذمته ، فله أن يبيع الأعيان ، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصي .

ولكن مبادئ الفقه الإسلامى تعارض مع التصور المتقدم ، فديون التركة وفقاً لهذه المبادئ تتعلق بأموالها ، فتجب معرفة متى تنتقل أموال التركة للورثة ، ومدى تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال ، ويستتبع ذلك أن تتساءل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا في أعيان التركة قبل سداد ديونها .

---

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٢٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ .

وقد كان هناك خلاف محتمل في عهد التقنين الملقى السابق فيها إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامي هي التي تسرى في انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هي مبادئ القانون الفرنسي ، فانقسم الفقهاء إلى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجح ، وفريق يقول بالرأى الثاني (١) . وقد حسم التقنين

(١) وأصحاب الرأى الأول يستندون إلى أن المشرع في عهد التقنين الملقى السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى المورث . والمورث في الشريعة الإسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحمل عمله في التزاماته ، بل إن ديون المورث تنطلق بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لدفعه بعد موته كما كان ماله ضامناً لحال حياته . ولا يورث المورث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاعتصاص أو الرهن على جميع التركة ، فلذا باع المورث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان الدائن أن ينتجها في يد المشتري ويصرف فيها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرة فلهذين كذلك دهن عام يتقار ديونهم لأن أموال التركة مثقلة بمفهومهم ، ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف في أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة في التصرف ينفذ حين لا يبقى في التركة إلا ما يمكن لوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللهذين أصل حقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن لباقي منها كافياً (الأساذ عبد الحميد يعزى في مجلة مصر المصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات الأستاذة عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى وعبد حلمي عيسى في ص ٤٠) . وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأى : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للتراث ١ رقم ١٢٤ ص ٢٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ سنة ١٩٢٧ المراجعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص ١٦٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المراجعة ١٣ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المراجعة ١٣ رقم ٦/٤٢٩ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستئناف ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة طنطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ المراجعة ١ رقم ١/٢٢ ص ١٩٩ - الإسكندرية ٣ أبريل ١٩٢٤ المراجعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٩ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٦ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ =

## الملف الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول ، فنصت الفقرة الأولى

« ومن أصحاب هذا الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المعلقة بموت المدين وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامى ( الأستاذ على زكى العراقي فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٢ ومقال له فى المحاماة السنة الأولى العدد الخامس .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصوبهم ، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية ، فتسرى فيه القواعد العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة من أموال الوارث الخاصة ، ويقدم دائر المورث على دائر المورث فى انقضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق التمان التام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت ، ولا يكون الدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سبباً لثمة . وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يضمن أو يصر الوارث بالدعمى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث يلتزم من أموال الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس لدائنيه أن يضرعوا من ذلك لأن كل تصرفاته وأتمة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منه عن التصرف إلا بالمعجر ( الأستاذ أحمد عبد الطيف المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرايع السنة الأولى ص ٥٧ ) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى : استئناف وطنى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٣ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاة ص ١٨ .

وانظر فى هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الحلول وحلند زكى فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠ : ( وما أشير إليه من مراجع فى الفقه والقضاء ) . وانظر بحثاً للأستاذ أحمد ابراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٩٨ . وقد أعيدت محكمة النقض ، فى عهد التفتين الملف السابق ، بالرأى الأول . تنصت بأن التركة منه الخفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تشتمل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى التعريف عوالم تبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لم الوارث أو س دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على الحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل فى مسائل الميراثية بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق عينى لدائنى التركة التخلل بأن الحقوق عينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الرهنى ، وذلك لأن عينه الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، ومضى - على ما سبق القول - بما هو فى الميراث . وإذن فالحكم الذى ينص على حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشترها ، ولو كان المشتري حسن نية وكان منه سجلاً ، مخالف للقانون ( نقض ملف ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦ ) .

من المادة ٨٧٥ مدنى على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصابتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها ». فلم يقتصر سريان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وتحديد أنصابتهم فى الإرث ، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة وهذه هى المسألة التى كانت محل خلاف فى الماضى ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى . إذن لابد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامى فى انتقال أموال التركة إلى الوارث ، وفى حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها . وقد أخذت فعلاً نصوص التقنين المدنى الجديد فى الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع .

فنبحث إذن مسائل خمساً : (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة فى الفقه الإسلامى (٢) تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون فى الفقه الإسلامى (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة فى التقنين المدنى الجديد (٤) تصرف الورثة فى أعيان التركة التى لم تخضع لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد (٥) تصرف الورثة فى أعيان التركة التى خضعت لنظام التصفية فى التقنين المدنى الجديد .

== وقفت أيضاً بأن تصرف الورثة فى التركة المستترقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالى سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة . لكن الحكم الصادر حل هذا الأساس بملكية المشتري العين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا بحملة بحق الدائن العيني ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً مسقطاً للحق العيني الذى يظلها ، إذ هذا الحق إما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذى هو تابع له . وبقاء هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سنة الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فمن الخطأ أن يلغى بالناء إجراءات نزاع الملكية التى يتخلعها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار حق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه ( نفقش مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٥ من ٣٦٥ ) . ويؤخذ على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر الدائن حقاً عينياً على العين المورثة يمكنه من تتبع العقار تحت يد المشتري ، لم يبد فى حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للعقار وإلى ترتيب التقادم الخمسى على انضمام الملكية . ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً ، وباع إلى مشتري حسن النية ، ملك هذا بالتقادم الخمسى المبيع خالصاً من حق التركة ودائيتها ، فهؤلاء لا يملكون أن يكونوا فى مركز المالك الحقيقى ومركز من كسب حقاً من هذا المالك ، ليسرى التقادم فى حقهم .

### ١٩٠ - انتقال أصول التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي :

من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال ، فتصبح التركة هي المشتولة عن سداد هذه الديون . والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات .

وإذا بحث الفقهاء ، في الفقه الإسلامي ، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة ، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت . فان ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بمالياتها كما قدمنا ، فيقيد هذا من حق الورثة في التصرف كما سئرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون . ونذكر من هذه النتائج اثنتين : (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والريع والسمن ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فان هذا النماء يكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه . (٢) نفقات أعيان التركة ، كتفقة الحفظ والصيانة وكصروفات الحمل والنفقة وكقطعان الحيوان ، تكون على التركة فيها إذا بقيت ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فان هذه النفقات تكون على الورثة ، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادأة إلى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة ، ومنها ما يميز بين حالة وحالة .

ف عند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية والحنبلية تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وفي المذهب الحنبلي ، إلى جانب هذا القول ، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فان كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدينين قيمة هذه الأموال لجميع الديون . وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يكفي لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١) .

#### ١٩١ - تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه

المسحوق : اختلفت المذاهب الفقهية في صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا يضرح حتماً على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت

---

(١) انظر مرصاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتج بها كل مدعي في مقال الأستاذ علي الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القاموس والاقتصاد السنة الثانية عشرة من ١٣٨٨ - ص ١٧٤ .



للورث بصحة تصرف الورث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها  
على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف وسنرى بعد عرض المذاهب في هذه  
المسألة أن هذا ليس مطرداً .

فمعد المالكية ، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد  
الدين ، يقتضي منطلق هذا القول أن يكون تصرف الورث في أعيان التركة قبل  
سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق . ولكن هذا هو  
أحد رأيين في اللذهب ، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق  
الدائن فهو مقدم على حق الورثة . والرأي الآخر يلعب إلى أن تصرف الورث  
في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يسحق حق الدائن ولم يتضرر هؤلاء ،  
كان يأذن فيه قبل أن يباشره الورث ، أو ينزل عن دينه ، أو يتيقن من التركة  
بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين  
مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من  
المبيع ، فلهذا حالتان . الأولى أن يكون الورث حالاً بالدين وقت تصرفه  
أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين ، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري  
قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة  
بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الورث غير عالم بالدين ولا يكون  
الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون  
على الورث بقدر الثمن الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء بالدين  
أو لم يكن ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حباهم الورث في البيع  
فيرجع الدائنون بقدر الحباة فقط (١) .

---

(١) وقد جاء في الفتوة الكبرى في هذا الصدد : « قلت أرأيت رجلاً ملك وترك مالا وترك  
ديوناً فاش عليه ، وليس في ماله ما يفي بترك وفاء الحق واحد من الغرماء ، فأخذ القرض  
للمال أو أخذته الورثة فقصوه رجلاً واحداً ولم يسلطوا باللين لم الدين ، أو كانوا يسلطون  
فقصوا واحداً من الغرماء دون بقيةهم . قال إذا لم يسلطوا ببقية الغرماء ولم يكن للميت موصوفاً  
بالدين ، فلا شيء على القرض ولا على الورثة . فإن سلطوا أو كان موصوفاً بالدين ، فسلطهم  
ما يصيب هؤلاء إذا تماسوا ، ويرجع الورثة أو القرض على القرض لتمام المال بما غرموا هؤلاء  
الغرماء . وإن كانوا لم يسلطوا ، فإنا يتبع الغرماء الذين استوفوا للمال ، ولا يكون على القرض  
ولا على الورثة شيء . قلت وهذا قول مالك ، قال نعم هو قولك ... قلت أرأيت إن باع القرض »

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان : أحدهما أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء ، باطل ، والثاني أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين . ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال إنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (١) .

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث متقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع

تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لم يل الميت ، قال قال مالك إن كان الرجل الميت مبروراً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأغفوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه ، كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت شيئاً وجمعه ، ولا يجوز بيع الورثة ، وأتبع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، أتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو وأبي . سمعنا عن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مدين أو غير مدين معروف كلامهما في جاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسموها : ثم يأتي دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يحفل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فأنما يتبع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه فإزم أو لم يكن . ( المدونة الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ - ص ٥٩ ) .

(١) وقد جاء في المتن في هذا الصدد : « حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ ورايين : إحداهما لا يمنعه ، والخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة يبيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تغلروا فإزمه فسخ تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو التصاب الذي وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم أقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فيبطل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلها . فحل هذا لو تصرف الورثة ، فلم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم . وإن تصرف الغرماء ، لم يصح إلا بهذه الورثة » ( المتن جزء ٤ ص ٤٨٧ ) .

العين المرهونة . وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال التركة باذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لم يجوزوا التصرف ولو باذن الدائن ، لأن الدين لا يزال مطلقا بنفس المبت ، بخلاف الرهن فان اذن المرتهن يسقطه . فالشافعية إذن يذهبون إلى أن تصرف الوارث في التركة المدبنة بأى دين ، ولو لم يكن مستغرقا ، قبل سدادده تصرف باطل . وللدائنين أن يتبعوا أعيان التركة في يد المشتري ، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن . ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين ، فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين ، أو باذن القاضى إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة . وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعى أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدبنة ، لأن الدين حتى تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فان قضى الوارث الدين لزم تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ التصرف (١) .

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فبقائها على ملك المبت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حتى التصرف لحسابه الشخصى ، وإلا كان التصرف باطلا ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة . ويتبع الدائن العين في يد المشتري لبطان التصرف ، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن . على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن المبت أن يتصرف في أموال التركة المدبنة لسداد الدين ، ويصح تصرفه في هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطان التصرف ، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث

---

(١) وقد جاء في المهذب في هذا الصدد : « ومن مات وعليه دين ، تعلقت الدين بمال كما تعلق بالخبر في حياته ... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين ، فيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثاني يصح ، لأنه حتى تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا ... وإذا قدم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع حل الغرماء وشركهم فيما أعلنوه على قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد لنفسه بخلافه » ( المهذب جزء أول ص ٢٢٧ ) .

يتصرف لحسابه الشخصي أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، وتصرف الوارث لحسابه الشخصي ، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما بقي بحداد الدين ، أو أجاز الدائن التصرف (١) .

ويخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب في هذه المسألة أن الأساس الذي يقوم عليه تقييد حق الوارث في التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التي يحس بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يعمن في حماية الدائن إلى حد أن يطل تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وهذا قول في كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس

---

(١) وقد جاء في المبسوط لفرغسي : « الذين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة ، وإن لم يكن محيطاً فلكل في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يختلف المورد في المال ، وللمال كان ملكاً لم يمت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرحون ، فكذلك يكون ملكاً للوارث . وحجتنا في ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق لوفائه . فيكون حال الدين كماله في حياة المورث في الممنوع ، ثم الوارث يتخلله فيها بفضل من حاجته ، فلما المشغول بحاجة لا يتخلله وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركة المالك مشغول بحاجة ، وقام الأصل بمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال بين ملكاً بغير مالك ، تبقى مالكية المدين في ماله حكماً لبقاء حاجته » ( المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٦ - ١٣٨ ) . وجاء في الزيلعي : « إن الدين يجب في القفصة . ولا ينتقل بالموت من القفصة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو طسكت لا يسقط ، وأن قراراً أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . بخلاف الوصية فإن حق الموصي له يتعلق بين التركة حتى لا يبق بعد هلاك التركة ، وليس الوارث أن يستخلص التركة ويطلب من محل آخر . ولأبي يوسف رحمه الله أن الذين بالموت يتعلق بالتركة لخرب القفصة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينتفع تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » ( الزيلعي جزء ٦ ص ٢١٤ ) . وجاء في حاشية القسلي على الزيلعي ( جزء ٦ ص ٢١٤ ) : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فإراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن منه استفراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك له ، ولكن لم يحق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤذي الدين ولم يكن للمال نقداً ، كان لقاضي أن يبيع التركة ويقضي حق المرماء . والأجنبي لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائماً على التركة ، فله ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا يقتصر التركة ، كالميراث الجليل إذا شاء مولاه فضاء بمارثه » .

حق الدائن ، فينشد التصرف باجازه الدائن أو بنزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة يكتفى لسداد الدين ، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك .

## ١٩٢ - انتقال التركة المبرئة الى الورثة في التتبع المبرر :

وقد عني التتبع المدني الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التي تقضى بالانكشاف لا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدها وفي استخلاص نتائجها . فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركات المبرئة ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول .

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التتبع المدني الجديد من مبادئه رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التتبع المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في ملأه المختلفة :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها . فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق حتى هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصلوه القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانوني . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (١) .

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن التركة ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق حتى لدائني المورث ، يقول لم تليها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق للميت يتوافر له غسيمة التتبع والتتبع لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن التبة وآخر سيئ التبة ، ولأنه معلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون ( دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المجلد ٢٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠ ) .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاصاً لحقوق الدائنين على النحو الذي أسلفناه .

ثالثاً - ويكون سداد الديون ، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة ، وإما عن طريق تتبعها والحجز عليها في يد الغير إذا تم الشهر الذي أسلفناه الإشارة إليه - ويترب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الاتجاه إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة ( م ٢/١٠٨٥ مدنى ) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصنى نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصنى في التركة - كما يقوم السنديك في التفليسة - بمجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، نحاص الدائتون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصى لم والورثة شيئاً .

### ١٩٣ - تصرف الوارث في أهباه التركة المبرئة التى لم تخضع

نظام التصفية : ونخص القول هنا في حكم تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة قبل سداد الدين إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد قلنا أن حقوق الدائنين تتعلق بأعيان التركة أشبه ما تكون بحق ومن ، وأنه لا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهر بتأشير الدائن بدينه في خلال سنة من شهر حق الإرث ، ويجرى التأشير

أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية .

فاذا تم التأشير على هذا النحو ، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيقتبها في يد من وقع التصرف لهم . وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدنى ، إذ تنص على ما يأتى ، « إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة : جاز للدائن التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتب عليها حقوق عينية لصالح الغير ، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (١) » . وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى، ونجرى على الوجه الآتى : « يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٢) » .

(١) أنظر في عهد التفتين المدنى السابق : استئناف غنظط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠

ص ٣١٧ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد : « ومضى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في المياد المشار إليه يحفظ له حقه مطلقاً قبل الغير ، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير . أما بعد هذا المياد ، فالدعوة بأبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث . ولا يبدأ مياد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث . أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه ، والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . والدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ، ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق الغير . وإذا ومن الوارث بعض عقارات التركة رقيق المهرن ، فللدائن الذى لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المهرن ، ولكن يكون للدائن المهرن أن يحتج =

ونطبقاً لما قدمناه نقرر أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها . فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحو الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتتبع العقار تحت يد المشتري ، كما كان يتبعه لو أنه كان دائناً مرتبهاً ، فيستوفى حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه مادام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول . وزى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث (١) ، وعند ذلك يستطيع أن يبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه

---

== قبله بمن الزمن . وما تقدم يرى أن المادة ١٤ مكررة المادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يستطيع الوارث التصرف في عقارات التركة . وقد أخضعت المسادة ١٤ ديون التركة لنظام التأشير المأمور ، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل . فإذا أحل الوارث شهر حقه ، لم يلزم دائن التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاة المليون ، فظل ديون التركة رغم خالفها عالة بأعيانها كما لو كانت موهونة بها . وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق البينية الأصلية جزء ٥ - فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد حل مرفه في الاتجاهات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعناً جلياً » . فيجوز إذن أن يطلب المحر الوارث أو دائن آخر لتركة أو دائن شخصي الوارث أو مشتر من الوارث بضره التأشير فيطلب محوه .

والأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائن التركة ، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشر بحقه قبله . ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتتبع العقار في يد الغير ، ولا يستطيع هذا التتبع الدائن الذي لم يؤشر في خلال هذه المدة ( الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق البينية الأصلية جزء ٥ - فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد حل مرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧ ) .

(١) أما قبل شهر حق الإرث ، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرثه . وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السلطات المختصة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق مبنية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإل أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق » .



حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدين ، وإما أن يجعل الوارث بين الدين ، فإن لم يفعل لا هذا ولا ذلك عرض نفسه لإجراءات التمتع التي يقوم بها دائر التركة (١) .

فاذا لم يتم الدين بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لم يعد حقه نافذاً في مواجهة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة . فاذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً ، فإن كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار في يده ، ما لم يكن المشتري سبيء النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يظعن في البيع بالدعوى البولصية . وإن كان المشتري قد سجل البيع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن أن يتبع العقار في يد المشتري وأن يستوفى منه حقه ٢ . وفي جميع الأحوال يجوز للدائن ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار ، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوفر شروط الدعوى البولصية .

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين منقولة ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع . وينظر في هذه الحالة إلى المشتري ، فإن كان سبيء النية ، أى يعلم أن المقول الذي يستثريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ،

---

(١) ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان موهباً رهناً رسمياً ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يجتد من الرهن الرسمي إل فيه من الحقوق المائلة إلا بنس في القانون . ولذلك جاز التطهير في حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٠٥ مدق) ، ولم يجوز في الرهن الجاهلي لعدمه .

٢١ الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد المنعم اليملاوي فقرة ١٩٠ ص ٢٦ - وإذا باع الوارث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت الوارث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من الوارث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل مقدمه في خلال السنة التي تل شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائناً لفرقة في خلال هذه السنة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث مقدمه قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من الوارث البيع أو أشر ماله بن بعد انقضاء السنة ، فالعبرة في المناقشة بينه وبين المشتري من الوارث بالأصلية في التمسك أو التناثر . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل لوفى فيما بل ( انظر فقرة ٢٧٠ ) .

جاز للدائن أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . أما إذا كان المشتري حسن النية ، فقد ملك المنقول بالحيازة ، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده ، وليس له إلا الرجوع بمحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فان لم يجد شيئاً يستوفى منه حقه ، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيئ النية أى يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

#### ١٩٤ - تصرف الوارث في أعيان التركة المبرنة التي خضعت لنظام

**التصفية :** وقد تخضع التركة المبرنة لنظام التصفية . ونبادر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتماً لهذا النظام ، بل إن الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له ، لما فيه من إجراءات طويلة ومصرفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فان لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته . فان عين وصياً للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فانه يسرى على وصى التركة ما يسرى على المصطفى من أحكام (٨٧٨م مدنى) . وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى في خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصياً لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فان لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى

(١) ونرى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة ، في كتابه أحكام التركات والميراث ( ص ٦٤ - ص ٧٤ ) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة ، لا محل له . فهو ليس بنظام إجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن تطبيقه متى شاؤوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أغفلتها الديون وتضدت شؤونها ، فالنظام بلائاً كل الملازمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يجب طلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك ( انظر من هذا الرأى الأستاذ محمد كامل مرسي في الحقوق المالية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١ ) .

اختيار المصنى ، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقول هؤلاء .

فاذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام تأشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى . وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١٥ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنى وبثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لازل ، وبكل ما يقع من تنازل . ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ . فأى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائتى التركة ، ولهؤلاء أن يتبعوا العقار المبيع فى يد المشتري على النحو الذى بيناه تفصيلا فى حالة تأشير الدائن بدينه فى خلال السنة . أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، فالعبرة بالسابقة فى الشهر كما سبق للقول . وكذلك للدائتين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل إن الوارث إذا تصرف غشاً فى شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، هوقب بعقوبة التهديد كما سئرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصنى ، كما قدمنا ، بمجرد أموال التركة ، وحصر الديون التى عليها ، وسداده وتوزيع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أن يتخذ الدائتون أى إجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصنى ( م ١/٨٨٣ مدنى ) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه فصاحاً بدين للتركة ( م ٨٨٤ منه ) . وعلى المصنى أن يكلف دائتى التركة

ومدينها أن يقدموا بياناً عالم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع قلم كتاب المحكمة خلال اربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها ونشتتل على تقدير لقيمة هذه الأموال ( م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني ) . ويعاقب بمقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً ( م ٨٨٩ مدني ) . ثم نصن المنازعات في صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصنى بعد ذلك بوفاء ديون التركة . ولكن عليه في حالة إفسار التركة أو احتمال إفسارها ، أن يقف تسوية أى دين حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة ( م ٨٩٢ مدني ) . ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط معينة ، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يخص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأمينا كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحالة تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكيل بقدمه الورثة من مالم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، ترتب المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها ( م ١/٨٩٥ مدني ) . وبعد تسوية الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة ، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إرثهم ( م ٨٩٧ مدني ) .

وبعد أن يقوم المصنى بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف والوصايا وغير ذلك (١) ، يخلص ما بقى من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعى ، ويسلم المصنى لمم ما آل إليهم من هذه الأموال ( م ٨٩٩ -

---

(١) ويدخل في تنفيذ الديون والوصايا ، في مال التركة نماؤها . ويتفق هنا مع رأى الكثرين من المناهضة فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحملون الديون مع ذلك منطلقاً بناتها لتصلها بأصل انشاء ( الأستاذ على الخفيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ - الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والوراثة ص ٢٧ ) .

٩٠٠ مدني) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاناً شريعياً أو مايقوم مقام هذا الإعلان شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة ( م ٩٠١ مدني ) . وهذه الشهادة هي التي يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال للموروث إليه . وهي تبيح له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال ، كما سبق القول . على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي يحتاج لها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها ( م ٩٠٠ مدني ) . وغنى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

## ٥ - بيع المحجوز عليه والمرس

١٩٥ - **بيع المحجوز عليه :** يبدأ التنفيذ على عقار المدين بأعلان التنييه بنزع ملكية العقار إلى المدين ( م ٦١٠ مرافعات ) . ويجب تسجيل التنييه قبل انقضاء ستين يوماً على إعلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولا يجوز تسجيله قبل مضي خمسة عشر يوماً على إعلانه ( ٦١٣ مرافعات ) . وترتب على تسجيل التنييه اعتبار العقار محجوزاً ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الاخبار بإيداع قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيع بحد هذا الميعاد ( ٦٥١ مرافعات ) .

فإذا ماتم تسجيل التنييه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً ، لم يعد يجوز للمالك العقار المحجوز ، سواء كان هو المدين أو الخائر للعقار ، أن يبيعه . وبيع للمالك العقار لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز ولا في حق الراسي عليه المزاد ، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنييه نزع الملكية . فإن سجل التنييه قبل تسجيل البيع ، كان البيع غير نافذ في حق هؤلاء . وقد كان تقنين المرافعات الوطني السابق لا ينص صراحة على هذا الحكم وإن ( م ٢٢ - الوسيط ج ٥ )

نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١). فاختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أو وقت تسجيل التنييه أم هو وقت البيع بالمزاد (٢). ولكن تقنين المرافعات الجديد حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنييه، إذ نصت المادة ٦١٦ مرافعات على أنه : لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ( الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه فأصبحوا طرفاً في الاجراءات ) ولا الراسى عليه المزداد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنييه نزع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن ، قبل اليوم المحدد للبيع ، بإبداء مبلغ يكفى للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحاجزين والدائنين المشار إليهم سواء حلت ديونهم أو لم تحل مع إعلانهم جميعاً بالإبداء ، وتكون هذه المبالغ مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإذا لم يحصل الإبداء قبل إيقاف البيع ، فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به .

وبخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنييه نزع الملكية - فلا يمكن إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنييه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه والراسى عليه المزداد (٣). فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا لإجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، إذ هو غير سارى حقهم ، وللراسى عليه المزداد أن

(١) تكاتت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه : لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنييه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنييه ، وإلا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك .

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبقى ملحقاً في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ١١٥ - ١١٦ نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨ ) .

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل يكون ييباً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري .

يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع (١) . فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزاد ، وبقي فضل ، فهذا الفضل للمشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع . وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البولصية ، فقد فرض القانون أن المشتري الذي سجل البيع بعد تسجيل التنبية يعلم بالحجز وأنه متواطئ مع مالك العقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ في حق الدائنين كما لا يفتد تصرف المدين الذي وقع إضراراً بحقوق الدائنين في الدعوى البولصية .

ويتربط على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز ، إذا سجل بعد تسجيل التنبية ، يفسد مع ذلك في حق الدائنين (٢) في الأحوال الآتية : (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع في المزاد بأيداع مبلغ يكتفي لوفاء بأصل الدين والقوائد والمصروفات التي للدائنين الحجازين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جيماً بالإيداع . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦١٦ مرافعات السالفة الذكر . (٢) إذا زل الدائنون الحجازون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التي اتخذت ، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى العقار بشمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار في المزاد . وفي هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبائع (٣) . (٣) إذا سقط التسجيل بأن لم يقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بأيداع

---

(١) الأستاذ رمزي سيف في قواعد تنفيذ الأحكام والنفود الرسمية في قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) وبين طبيعة الحال قائماً فيما بين المشتري والبائع ، دون أن يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو يدعوى الفسخ .

(٣) ولا يجوز للمشتري أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذي اشترى به العقار ، ولو كان ثمن المثل . أو أكله إل ثمن المثل — فهذا الإيجاب لا يكون إلا ينص كمنس المادة ٢٥٨ متى بالنسبة إلى المشتري من المدين المصر كما سنرى — لجواز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار في المزاد .

قائمة شروط البيع أو صلور أمر قاضى اليوع بمد هذا الميعاد (م ٦١٥ مرافعات السالفة الذكر) .

١٩٦ - بيع المعضر: من أهم مزايا شهر إعمار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين فى ماله (١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يسرى فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعمار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعمار ، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشتري . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة على هذا الحكم ، إذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعمار ، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين » . ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط ، ليكون البيع نافذاً فى حق الدائنين ، أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعمار ، فيمكن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين ، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيناه فى البيع الصادر من المحجوز عليه ، فانه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبيه ليكون نافذاً فى حق الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشتري . ولكنه لا ينفذ فى حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا . فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة ، ف يرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين معسر . وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا . وإذا انتهت حالة الإعمار بسبب من أسباب انتهائه ، بى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمشتري .



على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان بضمن المثل أو أكل إلى ثمن المثل ، ولودع الثمن كله بما في ذلك تكلفة ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين . وقد نصت المادة ٢٥٨ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول ١ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ، ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بضمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإبداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذي يبيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير ساري في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل (١)

## ٦٩ - بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي

### ١٩٧ - المسائل التي يثيرها قانونه المصروح الزراعي بالنسبة

إلى بيع المراضى الزراعية: لا تعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعي (٢) إلا في بعض المسائل الهامة التي يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية ، لأسباب ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم . فترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة في خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يسبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة ، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذي تدفعه الحكومة للملاك الأراضي الزراعية في مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بمجموعات التعاون الزراعي ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث في عقد البيع فوق أنها أحكام تنسم كثيراً أو قليلاً بالوقفة (٣) .

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى الوصلية من أنه إذا كان من تلقى حقاً من المدين المبرم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان حلفا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإبداع خزانة المحكمة .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .

(٣) انظر في ذلك أحكام الإصلاح الزراعي للأستاذ ميثاق حسين ميثاق الله . وشرح قانون الإصلاح الزراعي للأستاذ محمد علي مرفة والبيع . للأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ٢٩٠ - ققرة ٢٠٤ .

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان في نطاق عقد البيع : (١) القاعدة الأساسية التي وضعها قانون الإصلاح الزراعي مع عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتي فدان ، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم . (٢) الحلد مع تجزئة الأراضي الزراعية (١) .

**١٩٨ - عزم جواز تملك أكثر من مائتي فدان :** تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي على أنه : لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه : يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا

---

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعي ، فهذه أحكام دائمة هي أيضا ، ولكنها لا تدخل في نطاق عقد البيع ، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتي : « استثناء من حكم المادة السابقة : ( أ ) يجوز للشركات والجمعيات أن تملك أكثر من مائتي فدان في الأراضي التي تستصلحها ليها ، وذلك على الوجه المبين في القوانين والوائح . ( ب ) ويجوز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها . ولا يصرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . ( ج ) ويجوز لشركات الصناعات الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتي فدان . ( د ) ويجوز للجمعيات الزراعية المحلية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتي فدان . ( هـ ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك من الأراضي الزراعية ما يزيد على مائتي فدان على ألا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف في القدر الزائد على مائتي فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدي إليها التبرع نقداً على أساس حكم المادة ٥ . ( و ) ويجوز أيضاً لحدائق أن يملك أكثر من مائتي فدان إن كان سبب الزيادة هو نزوح ملكية مدينه وروس المزارع على الحدائق طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات ، ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ رسو المزارع أن تستول على الألبان الزائدة على مائتي فدان بائناً على رسا به المزارع أو نظير التبرع المحدث في المادة ٥ أيها أتل . ولأن استول الحكومة على الزيادة يجوز لحدائق أن تصرف فيها دون تقييد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى القرف . »

عن مصادرة من الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يعتمد من مالكي الأراضي التي يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها . . . (١) .

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضي مصر الزراعية أكثر من مائتي فدان أبداً كانت درجة جودتها ، فالعبرة بعدد الأطنان لا بتربتها . فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتي فدان ، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستقيها المالك لنفسه (م ٣) . وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتي فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتي الفدان إذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتي فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار .

وهو يكسب من الأراضي الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم .

### ١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم : فإذا كان الشخص

يملك مائتي فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، صح التملك ،

(١) ومن أهم أسباب التسليل أن يخفى المالك ما يملكه من أطنان تزيد على القدر المسموح باستلاكه : كان يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك ، أو كان يصطنع عقوداً صورية يمس من ورائها إلى التجرب من أحكام القانون . وتى تكتشف الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية مع مصادرة من هذه الأطنان فلا يدفع شيء البالك ، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس . وقد يعتمد بعض الملاك إلى إفساد الأرض التي تشترط عليها الحكومة ، فيضربها بالحط من معدنها أو بإضافة تربتها أو بإتلاف ملكياتها من عزب وبيوت وزوايا ونحو ذلك حتى يفوت على من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس .

لأنه تم إما بتصرف قانوني لاجتماع بارادة المالك وهذه هي الوصية ، وإما بواقعة مادية لا بتصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم . ولكن تستولى الحكومة ، بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتي فدان ، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي . وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن : كل شخص أصبحت مساحة الأطلان التي يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتي فدان بأى سبب ، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر ( وهو إقرار بمعد للاستيلاء على ما يجاوز مائتي الفدان ) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية ( ١ ) .

٣٠٠ - **التملك بالمعقر** : أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة ( ٢ ) والهبه - ما يجعل الأراضي الزراعية التي يملكها أكثر من مائتي فدان ، فالعقد باطل بطلانا مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي إذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ، ولا يجوز تسجيله » .

ولا عبء في بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته ، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلا . على أن حسن نية المشتري هنا لا يمكن إلا أن يكون مقترنا بالإهمال ، فالمشتري مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه .

---

( ١ ) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز مائتي فدان ، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة . ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تفرده الشريعة الإسلامية . فيجب إذن أن يقول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به مادام لا يجاوز ثلث التركة ، وبعد ذلك تستولى الحكومة في مقابل تمويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتي الفدان . وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة . ( ٢ ) فيقايض بدار مثلا على أرض زراعية ، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها .

ويستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائداً على النصاب الجائر تملكه ، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان ، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين . وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلا في الأربعين فدانا كلها ، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، فهو يقول : « كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا » ، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا في الشروع وباطلة في العشرين الأخرى وقد ينضرر من تجزئتها البائع أو المشتري .

والعقد الذي يعتبر باطلا هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها ، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي (١) . فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائر تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد .

#### ٢٠١ - التملك بالشفعة : ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز

لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يجزئ الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتي الفدان ، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة في الشفعة . والشفعة تنطوي على واقعة مادية وتصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - يجب يتعلق بإرادة المالك ، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢) .

(١) الأستاذ ميثاق حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١ .

(٢) أما المصلح فله شأن آخر ، فهو كائنت من الملكية لا منفعة لما . لهذا صالح شخص آخر ، وكان من نتيجة هذا المصلح مثلا أن أطلى الطرف الآخر داراً وأخذ منه خمسين فدانا =

## ٢٠٢ - المهر من تجزئة الأراضي الزراعية : تنص المادة ٢٣ من قانون

الإصلاح الزراعي على أنه « إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك مع طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم . فإذا تعذر الاتفاق ، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيمنه تؤول إليه الأرض . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بياق الأنصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزااد . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم » . وتنص المادة ٢٤ على أن « تفضل المحكمة الجزئية ، في أبولولة الأرض غير القابلة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فان تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم . على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فان تساوا في هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم » (١) .

والمفروض أن شخصاً يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، وباع جزءاً منها أو قايض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشتري أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بفدانين لشخص

---

= فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتي فدان ، فان أثر الصلح الكاثف يحمله مالكا الفدين فقدان منذ البداية ثم تتحول الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها ، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً : فهي تهبط بإنتاج الأرض ، وتعمد أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان . ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و ٢٤ ( الباب الثالث ) مسألة تقنين الملكية دوماً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغي أن تقل في المستقبل عن خمسة أفدنة ، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر ، وجبت أبولولة الأرض إلى واحد من لم نصيب فيها ، مع تفضيل من يشتغل بهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أهم الوفاء بشئها يمت بالمزاد العلني » .

وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، ففي كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة .

فيجب في هذه الحالة أن تتركز الأرض في يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن مالا يملكه ، ويكون الاختيار باتفاق الجميع . فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقي الأنصبة ، بيعت الأرض كلها بالمراد لتكون في يد واحدة ولا تنجز ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته . وعند اختيار المحكمة للمالك الذي تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذي أسلفناه ويتعدد الراغبون ، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم . وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فان تساوا كلهم أو بعضهم في هذه الحصة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم .

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار . فإذا جد سبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر .

## المبحث الثانى

التميز

٣٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى التمن : يجب أن يتوافر فى التمن الشروط الآتية :

- أولاً - أن يكون تقوياً .
- ثانياً - أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير .
- ثالثاً - أن يكون جديداً .

## المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - تميز البيع من المقايضة بالثمن النقدي : يتميز البيع من المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالفقد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدي تنص صراحة على هذا الشرط في البيع ، فكانت تقضي بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) . وقد عرف البيع فعلاً ، في المادة ١٨٤ مدني كما رأينا ، بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ولا يفتي عن النقود شيء آخر في الثمن (٢) ، حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثلثات ، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق ، فتعين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعرة في البورصة لا يجعل العقد بيعاً ، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود ، فالعقد يكون مقايضة (٣) . بل تعين الثمن أسهماً أو سندات ، وهي عادة معروفة السعر في البورصة ، أو تعينه مبالغ ذهبية ، لا يجعل العقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٠ - ص ٣١ - وانظر ما يلي فقرة ٢٠٦ في الماخذ .

(٢) ظهر أن شخصاً نقل إل شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعاً ، بل يكون عقداً غير مسمى ( بلانويل وروبير وحامل ١٠ ص ٢٥ ) .

(٣) جويلر ١ فقرة ٩٢ - ملك ١٠ فقرة ٣١ - بودري وسهيا فقرة ١٢٨ - بيلان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - عكس ذلك : ديراغون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاهي ٢ ١٥٩١ .



يبدأ ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (١) .

وإذا كان الثمن بعينه نقود وبعينه غير نقود ، نظر إلى العنصر الغالب . فان كان هو النقود ، كان العقد يبدأ . وإن كان هو البديل غير النقود ، كان العقد مقايضة . وعند الشك يكون العقد مزدوجاً ، فهو بيع في حدود الثمن النقدي ، ومقايضة في حدود البديل غير النقدي . فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسة مائة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشتري فومت بثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي ، فالعقد بيع . وإذا أعطى شخص داراً في مقابل عشرين قدماً ومعها ثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هو البديل غير النقدي ، فالعقد مقايضة والثلاثمائة معدل لها (soulte) . أما إذا أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومعها ألف ، فالعقد مزدوج ، بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين (٢) .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ .

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسبباً أو أنطافاً أو نحو ذلك بسمها في البورصة ، فيكون المشتري قد باع بالثمن الذي في ذمته الأسهم أو الأنطاف المشتربة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هاش رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد يبدأ إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشتري البائع حقاً له من النقود في ذمة أجنبي ، أو استوى المشتري حقاً له في ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذي في ذمته (أنسيكلوبيدي دالور ٥ لفظ vente فقرة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوي فقرة ١٣٤) .

أما في الفقه الإسلامي فالبيع أوسع نطاقاً ، إذ أن له صوراً أربعة : (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بدين وهذه هي المقايضة (٣) مبادلة دين بدين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف .

(٢) أنسيكلوبيدي دالور ٥ لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانويك وروبير وعامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩ - الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ٤٤ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوي فقرة ٥١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ١٠٩ =

٢٠٥ - يصح أنه يكلوه الثمن إيراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويمكن أن يكون الثمن نقوداً ، وليس من الضروري أن يكون رأس مال . فقد يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ما دام هذا الإيراد نقوداً (١) .

فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود ، وأن يتفقا في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إيراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère) . كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مرتباً مدى حياة البائع . ففي الحالتين لا يكون الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً ، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن (٢) .

== وانظر أيضاً المادة ٤٨٣ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى المادة ٤٨٥ مدني ، وتشير المذكرة إلى المادة ٤٨٣ مدني وهي تجيز أن يكون في المقايضة مدخل من النقود كمدل القصة ، ثم تقول : « على أنه يجب ألا يكون هذا المدخل هو للعنصر الثالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ٢٢٨ ) .

(١) والصفة الاحتمالية ، فيما إذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، إنما تثبت لمقدار الثمن لا لثمن في ذاته (دي باج ٤ فقرة ٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ ص ١٧٣) .

(٢) وإذا كان الثمن إيراداً مؤبداً وأريد استبداله . فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إيراد مؤبد ، كان رأس المال الواجب الإيد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع ، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل ، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً ، فحسب المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود قائمته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للإيراد . وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدني وتنص على ما يأتي : « ١ - إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك . ٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون قائمته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل » . وانظر في هذا المعنى بودوي وسينيا فقرة ١٢٨ مكررة .

ويلاحظ بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مؤتلفاً ، فإنه يشتمل لا في ألساط الإيراد بل في حق الإيراد ذاته ، ومن ثم يكون العقد مقايضة ( يبدان ١١ فقرة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧) . ولكن هذا الرأي لم يرد في الفقه ولا في القضاء ، ولم يأخذه به المشرع المصري ( انظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ . الأستاذ جميل الشرتاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ) .

وسنبحث الإيراد المؤبد والإيراد المرتب مدى الحياة في مكان آخر ، ويمكن أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدني تنص بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً . فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع .

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة ، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمتاً ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له السكنى والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture) . ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وإنما هو التزام بعمل . بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كل من المتقايضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة ، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر في مقابل عوض يأخذه منه (١)

## المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

١١- يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد .

---

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ — جيواري ١ — فقرة ٩٥ — هيك ١٠ فقرة ٣٤ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ — هامش ٢٣ — بودري وسينيا فقرة ١٦٨ ص ١٢٦ — بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ — الأستاذ عبد الفناح عبد الباقي فقرة ٥٨ — الأستاذ جيل الشرفاوي ص ١١٠ — الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ١٣٤ .

٢ - وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي :

« إذا لم يجد المتعاقدين ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١ - ٣٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون ، ثمن مقدراً بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ٤١٨ مدنى ، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ٣٦٤ في المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ص ٣١ ) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ - ص ٣٤ ) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى : « هذان نصان لا نظير لهما في التقنين ائحال وما وإن كان حكمهما يمكن استغاضته من قواعد العامة ، يعالجان مسائل عملية يحد أن تكون لها حلول تشريعية ، أنظر التقنين الألمان م ٥٥٣ وتقتين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فقرة أول والتقتين البولونى م ٢٩٦ والتقتين البرازيل م ١١٢٤ » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ ) .

٤١٢-٤١٣- وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٢٦-٥٢٩- وفي تقنين  
الموجبات والعقود الثاني المادة ٣٨٦ (١) .

## ٢٠٧ - نغبر الرثن أو قابليته للتغبر يجب أنه يكون باخاف

بين المتبايعين : ولما كان الرثن هو أحد محل البيع ، فيجب ، كما هو الأمر  
في كل محل للالتزام ، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . وتعين الرثن أو قابليته

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٩١ - ٢٩٢ (مطابقتان  
للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
مصطفى الزرقا فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ )  
التقنين المدني الليبي م ٤١٢ - ٤١٣ ( مطابقتان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني  
المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٢٦ : ١ - الرثن ما يكون بدلاً للبيع ويتعلق بالصفة . ٢ - ويلزم  
أن يكون الرثن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نائياً للجهة الفاحشة .  
م ٥٢٧ : ١ - في البيع المطلق يجب أن يكون الرثن مقدراً بالنقد ، ويجوز أن يقتصر  
التقدير على بيان الأسس التي يحدد الرثن بموجبها فيما بعد .  
٢ - ( هذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدني المصري ) .

م ٥٢٨ ( مطابقة المادة ٤٢٤ من التقنين المدني المصري ) .  
م ٥٢٩ : ١ - زيادة المشتري في الرثن وتنزيل الباقي من الرثن أو زيادته في المبيع بعد العقد  
يصح ، وتلتحق الزيادة وتنزيل بأسل العقد . ٢ - وما زاده المشتري في الرثن يعتبر في حق  
المقدين لا في حق الشفع ، وما حله الباقي من الرثن يجعل الباقي بعد الخط مقابلاً لكل المبيع حتى  
في حق الشفع ، وما زاده الباقي في المبيع يكون له حصة من الرثن . ٣ - والباقي أن يحل جميع  
الرثن قبل القبض ، ولكن لا يلتحق هذا الخط بأسل العقد . فلو أبرأ الباقي للمشتري من جميع  
الرثن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذ بالرثن المسمى . [ وهذا النص لا نظير له في التقنين  
المدني المصري ، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ويتفق مع القواعد العامة ] .

[ ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي أخذ في البيع بالملكي الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ]  
فأصبحت المتأينة فيه نوعاً من أنواع البيع ، أما البيع بشئ نقدي فبأنه البيع المطلق م ٥٢٧  
عراق - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الننون فقرة ١١١ - فقرة ١٢٣ -  
الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢ ] .

تقنين الموجبات والعقود الثاني م ٣٨٦ : يجب أن يمين المتعاقدون ثمن المبيع . ويجوز أن  
يقوض تعيين الرثن إلى شخص ثالث ، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن  
تقدير الرثن فلا ينقذ البيع . [ ولا فرق في هذه الأحكام بين التقنينين الثاني والمصري ] .  
( م ٢٤ - الوسيط ج ٤ )

التعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر . لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشتط فيغبى المشتري . ولا يستقل به المشتري ، لأنه قد يبخص الثمن فيغبى البائع (١) . فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين (٢) . ولا يكفى فى ذلك أن يبيع البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بشئ عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذى يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين ، والبيع على هذا النحو يكون باطلا لعدم تقدير الثمن (٣) . ولكن ليس من الضرورى أن تكون القيمة مقدرة فعلا باتفاق المتعاقدين ، بل يكفى أن تكون قابلة للتقدير بانفاقهما ، كأن يتفقا على أجنبى لتقدير الثمن (٤) وسيأتى بيان ذلك .

(١) وهناك رأي يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلا ، جاز أن يكون هذا ، تبعا للظروف ، تحديداً كائناً . فإذا حدد المتعقد ثمناً غير عادل ، أو امتنع عن التحديد ، أو أبطل فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل ( الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٩ ص ١٢٨ ) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس هو الواقع من الأمر إلا أن يكون الثمن عادلا ، ولا يكفى فى تحديد الثمن ، كما سئى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بشئ عادل ( الأستاذ منصور مصطفي منصور فترة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٦٧ ) .

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع ، كما فى حالة التسعير الجبرى وفى حالة تسعير المرافق العامة كالمياه والغاز والنور وفى حالة نزاع الملكية المنفعة العامة . وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقسطى » سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول فى هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ، ولهذا أن يطالب البائع « بالقسطى » أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين ( قارب : بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فترة ٢٣٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فترة ٨٨٥ - بيدان ١١ فترة ١١٥ - أنسيكلوبى دالوز و لفظ vente فترة ٧٠٨ - فترة ٧٠٩ ) . وانظر فى أن السعر الإيجابى للعملة له تأثير فى فرض الثمن أنسيكلوبى دالوز و لفظ vente فترة ٦٧٤ - فترة ٦٩٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فترة ١٤٩ - فترة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فترة ٣٣ .

(٣) أوبرى ورو و فترة ٣٤٩ ص ١٨ - بودرى وسينيا فترة ١٣٢ ص ١٢٢ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٩ - الأستاذ جيل الشراقوى ص ١١٢ .

(٤) ولا يكون فيما التقد الذى جعل فيه الثمن هو المقدار الذى يعرضه أجنبى على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبى يعرض فى السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها ، فيلتزم هذا الأخير بتفضيل =

## ٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير . الاسس التي يقوم عليها التقدير .

وليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً ، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير ، مادامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين (١) .

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن ، ذكر منها المشرع اثنين في المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى السالفى الذكر ، ونضيف إليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية : (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع المبيع . (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق . (٣) أن يكون الأساس هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بين المتبايعين . (٤) أن يترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان .

## ٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع - المبدأ

**والثبوتية المشترية والوضعية :** قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذى يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذى اشترى به البائع . فيشترى المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل (٢) . وفي هذه الحالة يكون الثمن الذى اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أسامه الثمن الذى اشترى به المشتري المبيع من البائع . وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشتري

---

= الأول على الأجنبى في بيع السلعة له يائثن الذى يعرضه الأجنبى ( بودوى وسجينا  
فقرة ١٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢٩ ) ،  
واشتراط تعديل الثمن تبعاً لطاوى . معين جائز ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن  
في تاريخ ثالث لم يمتد البيع إلا عند تحديد الثمن ( دى باح ٤ فقرة ٣٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨ ) .

(١) ييسان ١١ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولابيجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ - كولان  
وكايتان ٢ فقرة ٨٧١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٢٤

(٢) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو متوسط الأثمان  
التي باع بها التاجر في وقت معين ، أو على أساس التسعيرة الرسمية ( الأستاذ سليمان مرقس  
فقرة ٨٩ ص ١٢٧ ) .

أن يثبت أن الثمن الذي بينه البائع وزيد على الثمن الحقيقي وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البيعة والقرائن (١).

ولهذه الصور من البيع مكان خاص في الفقه الإسلامي ، ويطلق عليها فيه « بيعات الأمانة » ، وتشتمل على صور أربع هي : بيع المراجعة وبيع التولية وبيع الإشراف وبيع الوضعية . وقد أخذها عن الفقه الإسلامي الثقنين المدني العراقي ، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا الثقنين على أنه ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو إشرافاً أو وضعية . ٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراف تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً محرزاً عن الحياة والتهمة .

وقد كتبنا عن هذه البياعات في الفقه الإسلامي ما يأتي (٢) : « حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً . وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل ، أو في ضرب يقوم عليه من ضرره ، أن يتوقى غش الناس إياه ، بأن يتابع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريباً . وجملة القول في بيعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته ، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فإما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي ، ويسمى البيع مراجعة . وإما أن ينقصه قدرأ معلوماً يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضعية . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلي ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو

(١) ذلك أنه يثبت واقعة مادية ، إذ شراء البائع المبيع بثمن معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن ثبوتها الصادر من البائع بثمن أقل من الثمن الحقيقي يتطلب عل غش والفسخ يثبت بجميع الطرق .

(٢) أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .



إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكفي من البائع بيان يجعل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابس وما اقترن به من أوصاف . فيبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئاً ، مؤجلاً أو مقسطاً . ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً ، أو بدين له على بائعه ، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تعيت ، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابس تؤثر في رضا المشتري بالصفقة ، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالغش والتدليس .

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتبايعين ، فإن قصداً التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابس على النحو المتقدم الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابس ، ويترب على ذلك أن البائع إذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليساً وجاز إبطال البيع (١) . وإن قصداً مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابس ، وجب على المشتري قبول المبيع بحالته التي اشتراها بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . فإن دفع للبائع ثمناً أكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بغش من البائع أو بدون غش منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه (٢) . ويجوز

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدني العراقي على أنه « يعتبر تفريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التمسك فيها عن الشبهة بالبيان » كالتخايف في المراجعة والتولية والإشراك والوضعية .

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي ، ويبدو أنه أكثر الأقوال انقياداً على التواعد العامة في القانون المصري . وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب تنهين من النصوص الآتية :

جاء في الهداية ( فتح القدير ، ص ٢٥٦ ) وهي من كتب الفقه الحنفي : « فإن أطلع المشتري على خيانة في المراجعة ، فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن أطلع على خيانة في التولية أنقضها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيها . وقال محمد رحمه الله يحجز فيها . لمحمد رحمه الله أن الاختيار للتسمية لكونه معلوماً . والتولية والمراجعة تزويج وترتيب فيكون وضفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيتغير بغيره . ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة مؤلفاً ينتهده بقوله وليك وبالثمن الأول أو بثلث =

## للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الثمن الأول .

== مراعاة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأى حنيفة وحده أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراعاة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتغير .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) وهو من كتب الفقه المالكي :  
« لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن . فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري غير بين أن يملك بجميع الثمن أو يرد ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوجها من الربح فيلزمه الشراء . »

وجاء في المذهب ( جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠ ) وهو من كتب فقه الشافعي : « ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال ويأفل منه ويأكثر منه ... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة ، ثم قال أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدارس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً يضمن فوجد به عيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخير زيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . ويخالف العيب ، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يملك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . »

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع ( جزء ١ ص ١٠٠ - ص ١٠٣ ) وهو من كتب الفقه الحنبلي : « السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمواضعة . . فإن باعه السلعة مراجعة ، مثل أن يخرجه أن ثمنها مائة ويربح عشرة ، ثم علم ببينة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب . والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً . وهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعي . وقال أبو حنيفة يغير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب . »

ويخلص من هذه النصوص أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفي والقول الصحيح في فقه الشافعي والمنصوص عليه في الفقه الحنبلي ، هذه كلها تذهب إلى أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن ، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الفري كما تقدمنا . وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة ، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يتبنى المبيع بكل ==

وبخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكاه في القانون المصري هو ما يأتي : إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملابسات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، كان هذا غشاً من البائع ، وجاز للمشتري إبطال البيع للتدليس وإذا لم يكتم البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملابسات الجوهرية ، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة ، كان البيع صحيحاً ، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مرابحة ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من انخفاض إن كان البيع وضيعة . وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه ، ولا يلزم بدفعه له إن لم يدفعه . وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً (١) .

٢١٠ - أساس التقرير سعر السوق : وقد يفتق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق . فهنا الثمن غير مقلد ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق . فان كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر . أما إذا اقتصرنا على ذكر سعر السوق دون أن يبيناً أية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة

---

الثنى أو أن يفسخ البيع . وإذا أخذنا بالقول الأول ، وكان البيع مرابحة ، كان كان الثمن الأول مائة وزيد عشرة مرابحة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لا مائة ، ويجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً ، حططنا العشرة من رأس المال . وإذا كان البيع وضيعة ، كان كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيعة ، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون ، فإدام قد اشترى المائة بتسعين ، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون فقط ، فإنه يشتري التسعين بواحد وثمانين .

أنظر في بياعات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧١ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه .

(١) قارن الأستاذ حسن القانون فقرة ١٣٠ - فقرة ١٣٣ .

٤٣٣ مدنى ، كما رأينا ، أنهما قصدا «سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري» (١) . فإذا باع شخص غلاما بسعر السوق ، وكان التسليم في شهر أكتوبر ، فالمقروض أن المتابعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الاسكندرية في شهر أكتوبر . فإذا كان التسليم في كفر الزيات ، كانت السوق هي سوق كفر الزيات ، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٢) . وإذا كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منتظمة ، وجب الرجوع إلى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية ، وقد يقضى العرف في هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هي الأسعار السارية . وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدنى ، كما رأينا إذ تقول : « وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » . وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدنى الألمانى ( م ٤٥٣ ) وتقنين الالتزامات البولونى ( م ٢٩٦ ) ، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (٣) .

## ٢١١ - أساس التقرير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذى جرى

عليه التعامل بين المتابعين : وقد لا يحدد المتابعان ثمناً للمبيع ، وسوى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه . ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوى تبعاً للظروف والملايسات التى أحاطت

(١) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان المبيع شيئاً بالذات ، وإلا فوطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم ( م ٣٤٧ مدنى ) . وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق وجب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ( م ١/٣٤٦ مدنى ) .

وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، كان مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع إلى المشتري ( م ٤٣٦ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥ (٢) وإذا تعددت أسعار اليوم في البورصة ، فالسعر المتوسط ) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية المشروع التهديد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - ص ٣٣ . وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسرى .

التعاقد، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة .  
فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدروا . ويرجع  
في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر  
البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان تبا المبيع أو غيره من الأمكنة .  
والعبارة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق ، سواء  
كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (١) . وإذا لم يتبين للقاضي في  
وضوح السعر المتداول في الأسواق ، كان له أن يلجأ في تبيينه إلى تخبير  
عن التجار .

وقد يظهر من الظروف والملازمات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقاً ضمناً على  
أن يكون الثمن هو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر  
في تحديد الثمن : فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد  
أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ،  
فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما  
متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذى  
جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول :  
« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين

---

(١) ويعرف الفقه الإسلامى بيع الاسترسال ، وفيه يستأن المشتري - ويكون عادة  
لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التى يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما يتبع به الناس  
أى بالسعر المتداول في التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامى ما يأتى : « وإل  
جانب بيعات الأمانة - وفى نفس المنطقة التى تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي  
والفقه الحنبلي بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأن . وفيه يكشف العاقد عن غيبته نفسه ،  
ويبين أنه لا دراية له فيها هو بسببه من التعامل ، وأنه يستأن المتعامل منه ويستصحه  
ويسترسل إل نفسه ، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما يبيع به الناس أو تشتري .  
فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصل كما في بيعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصلح  
التعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه في ذلك وغبنه ، فإن هذا  
الكذب وحده يعتبر غشاً وتديلاً يوجب لماعده نفي الرد » ( مصادر الحق في الفقه الإسلامى  
المؤلف جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للدردير  
هامش السوق جزء ٣ ص ١٤١ - والشرح الكبير على متن المفتح جزء ٤ ص ٧٩ ) .

من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر  
الذى جرى عليه التعامل بينهما (١).

### ٣١٢ - ترك التفسير لأجنبي يتفق عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان

تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع (٢)، فيصح ذلك، لأن الثمن هنا  
وإن لم يحدد، المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير. وما يقدره الأجنبي ممناً  
للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن، لأن الأجنبي مفوض  
من المتبايعين في تحديد الثمن، فهو وكيل عنهما في ذلك ويسرى تقديره في

(١) وهذا النص هو الحل الذى أوردته تقنين الالتزامات البولونى في المادة ٢٩٨ منه، وهو  
عمل يتفق مع القواعد العامة (المذكورة الإيضاحية المشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال  
التفسيرية ٤ ص ٣٢).

وقد قسمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة فى سوق القطن أن يباع القطن  
أو البذرة بسعر يحدده البائع فيما بعد فى محاد يعلن به المشتري، فيقطع السعر يوم الإعلان  
بحسب أسعار الكونترانات أو بحسب السعر الجارى المحل، ويتضمن من الثمن الذى يحدد على  
هذا النحو ما عسى أن يكون المشتري قد جعله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦  
ص ١٠١). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة فى اليوم الذى يبينه  
المشتري، ثم أثقلت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذراً تحديد الثمن، فإذا لم يتفق  
المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يجوز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد  
ولو بطريقة قريب من سعر البورصة، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨  
م ٣٠ ص ١٣٧). وقضت بأن حق البائع فى تحديد الثمن بعد المهاد الأخير لتسليم آخر  
دفعة من القطن لا يجوز استناله قبل أن يسلم البائع القطن للمبيع المشتري (٩ يناير سنة ١٩١٨  
م ٣٠ ص ١٣٧) - وأنظر أيضاً فى تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة فى يوم يحدده  
البائع أو المشتري: استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ -  
استئناف مخطط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤  
ص ٤٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤  
ص ١٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٢٦ ص ٦٢ -  
٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ (بلدة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩  
ص ٤٧٥.

(٢) ويصح أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد يفوضان لم أن يحددا الثمن باتفاقهم  
جداً أو بالتأجيل (بودى وسينيا فقرة ١٣٤).

حتهما (١). والبيع يعتبر قد تم ، لا من وقت تقدير المقوض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المقوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكلاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير

(١) كما يرى تصرف الوكيل في حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن ، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة . فالثمن الذي يفقده المقوض ملزم للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يمتنع بأنه نجس ولا المشتري بأنه بالغ فيه . ولكن يجوز الطعن في التقدير إذا وقع تدليس على المقوض من أحد المتبايعين أو من الغير . ونرى من ذلك أن الأجنبي الذي يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكتلا تقدير الثمن لأجنبي . وإنما الأجنبي وكيل عن المتبايعين معاً ، مقوض منهما في تقدير الثمن ، فلائذ منهما أن يمتنع بما يقع فيسه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - بلانيول وريبير وويلانجيه ٢ فقرة ٢٣٨٠) . وإذا عين المقوض باتفاق المتبايعين ، لم يمتنع لأحدهما أن يستقل بعزله ، بل لا بد في عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر في تعيينه . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن ، لم يمتنع بعزله أن يفقده . ويجوز للمتبايعين أن يمتنعوا على مقوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يمتنعوا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن ، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المقوض الآخر ويكون البيع في هذه الحالة موقوفاً على تقدير المقوض الجديد للثمن (بودى وسينيا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ لـ ١٣١) على أن يكون المقوض وكلاً بما يأتي : (١) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفي العقد . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجازة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان أقرّا معاً أن يقوم المقوض بتقدير الثمن . (٢) الوكيل يجوز عزله وهذا المقوض لا يجوز أن يستقل أحد المتبايعين بعزله . ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذي عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق للقول . (٣) تحديد الثمن عمل مادي ، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانوني . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعناصر جوهرية فيه ، فهو تصرف قانوني لا عمل مادي .

أنظر في الفقه المصري : الأستاذين أحمد نجيب الملحان وحامد زكي ص ١١٤ جابش رقم ١ (وينبغي أن نعين الأجنبي تفويض في تحديد الثمن ونياية في قبوله) - الأستاذ جميل الشترقلى ص ١١٧ - ١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الحليم فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٤٠ (وينبغي إلى أن تحديد الثمن عمل مادي . ثم يقول إن المقروض في الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمقوض يفوض إرادته على موكله . ويرد على ذلك بأن النائب يجري التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصل وتنفذ هذه الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك سلفاً) - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٣١ ص ٥٨ (وينبغي إلى أن تحديد الثمن عمل مادي ، ومن ثم يقول إن التفويض عقد غير مسمى) .

المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن (٢) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعلن بالذات من وقت البيع ، وفي العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٣) . وإذا لم يتم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تضر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأي سبب آخر ، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٤) . ولا يستطيع القاضي إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يبين شخصاً مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه (٥) .

(١) لوران ٢٤ - فقرة ٧٤ - فقرة ٧٦ - أوبري ورو • فقرة ٣٤٩ ص ١٧ - جيوار ١ - فقرة ١٠٥ - بودري وسينيا فقرة ١٣٥ - بيدان ١١ - فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرولي فقرة ١٤١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٣١ - تارن بلانويول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٨ ص ٣٩ .

(٢) ويقدر المفوض الثمن وفقاً لمر الجارى وقت البيع لا وقت التقدير .  
(٣) وهذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد إلى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر إلى التسجيل حتى يتمتع على اللبائع بالتصرف في المبيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان في يد المشتري ، فهو على اللبائع . لأن الشرط ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى تحمل ثبته الملاك ( بودري وسينيا فقرة ١٣٥ ) .

(٤) أنظر المادة ٢/٣٨٦ من تقنين الموجبات والنفود اللبناني ( آنفاً فقرة ٢٠٦ )

في الماشي ) .

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن ، فاستنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع ( بودري وسينيا فقرة ١٣٧ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٩ ) . ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل الشخص الممتنع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحاً عدة اختلاف المفوضين في تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله ( بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٠ هامش ١ ) . والقاضي لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو عهد إليه المتبايعان في ذلك وجعله هو المفوض ، لأن القاضي ليست مهمته أن يحل العقود التي لم تتم ، بل أن يحسم الخلاف في عقود تمت ( لوران ٢٤ فقرة ٧٥ - أوبري ورو • فقرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك : بودري وسينيا فقرة ١٣٩ =



ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر محل محل الأول ، فإذا ما قدر  
المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد  
ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجعلوا تقدير الثمن لمفوض يعينه في المستقبل ،  
فإذا ما لم يعينا هذا المفوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير ، ومن ثم لا يتم  
البيع . فإذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره  
لثمن (١) . وإذا امتنع ، في الحالة التي نحن بصددنا ، أحد المتبايعين عن الاتفاق  
مع الآخر على تعيين المفوض ، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق  
على تعيين مفوض ، وكان مستولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة ، ولكن  
البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين (٢) .

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفوض . وقد كان المشروع  
التفهمي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩  
من التقنين المدني الألماني ، ونخرج في بعض المسائل على هذه القواعد . فكانت

---

== بلاتبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧ ص ٢٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ —  
الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٣٨ ص ١٣٦ — وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي  
يقوم هذا الأجنبي بتعيينه ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه  
تعيين المفوض ، بل يجب أن يعين الأجنبي المفوض فعلاً حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو  
تقدير المفوض لثمن ( بودرى وسينيا فقرة ١٣٩ مكررة أولاً ) . ويكون تقدير المفوض  
لثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع ،  
ويصدق ذلك في حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين المتبايعين للمفوض في  
اتفاق لاحق .

(٢) بلاتبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩ ص ٤٠ — بلاتبول وريبير وبولاميه ٢  
فقرة ٢٣٨٣ — الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ١١٩ — الأستاذ سليمان مرقس  
فقرة ٩٣ — الأستاذ جيل الشرقاوي ص ١١٦ — الأستاذ عبد المقيم البدراني فقرة ١٣٩ —  
الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢١ ص ٥٩ — بل ولا يجوز الابتداء في التهديد  
المال : أنسيكلوبيدي دالورز • لفظ *venio* فقرة ٧٦٠ .

وهناك رأى يلحظ إلى أن التعويض في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقبي ، بل من خطأ  
تقصيري ( بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ ) .

المادة ١٨٥ من 'المشروع التمهيدى تنص على أنه وكان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ٢ - ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره ، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يتم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع التامى (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيها خالف فيه القواعد العامة التى تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة في جواز أن يحل القاضى محل الأجنبي إذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تنص الفقرة الأولى من النص ، وفى وجوب أن يكون التقدير عادلاً (٣) كما تنص الفقرة الثانية ، فإن هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التى سبق بيانها .

## ٢١٣ - ترك التبايع الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير :

أما إذا ترك المتبايعان الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير ، فإن البيع لا يتم ، إذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ فى الماشى .

(٢) أنظر الرصيد الجزء الأول ص ٣٨٩ ماضى رقم ١ .

(٣) وكان دوماً ( القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦ ) وبوتيه ( البيع فقرة ٢٤ ) فى القانون الفرنسى القديم يلجبان إلى وجوب أن يكون الثمن الذى يمت به المقوض ثماً عادلاً . ولكن هذا القارى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص يماثل النص الذى ورد فى الفئتين المدف الألفى فيما لنفساه ( بلانول وريير وحامل ١٠ ص ٣٨ ماضى ٤ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زكى فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم عبد البدرى فقرة ١٤٢ - وقارن لوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - ص ١٧ ) .

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المقوض الثمن ، كأن يفسا حداً أدنى وحداً أعلى ، فلا يجوز للمقوض فى هذه الحالة أن يجاوز فى تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى ، وإلا كان تقديره باطلاً وأجبر البيع كأن لم يكن ( بودى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانول وريير وحامل ١٠ فقرة ٣٨ ) . ولو أدخل المقوض ، دون تفويض خاص فى ذلك ، احتمال ارتفاع الأسعار فى المستقبل فى حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جازر منه ( بودى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانول وريير وحامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧ ) .

ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لا صراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تبايعا دون ثمن ، أى قصدا لإيقاع البيع دون ثمن . فالعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصدا بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلاً للتقدير وكان الثمن تافهاً ، أو حينئذ مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري ، فسنرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صورياً ، فسنرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية .

### المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤ - التمييز بين الثمن غير الجردى والثمن الجفسى : يجب أن يكون الثمن جدياً (sérieux) ، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire) ، أو كان صورياً (fictif) . ولكن ليس من الضرورى ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثمناً نجساً (vil) ، فقد يكون نجساً يدخله الثمن الفاحش ، ومع ذلك يكون جدياً . وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان نجساً ،

وقد رضى بالثمن البخن مضطراً لحاجة ملحة ، أو جاهلاً لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية (١) سيأتي بيانها .

فنتعرض لمسألتين : (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخن ودعوى الغبن الفاحش .

## ١٦ - الثمن الجدى

٢١٥ - **التمم السوري** : لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثمناً سورياً لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى . ومتى يثبت أن الثمن سورياً فإن العقد لا يكون بيعاً (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبه دون حاجة إلى ورقة رسمية (٣) ، وسرى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة . وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٤) .

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالغلط أو التدليس أو الإكراه ، بحسب السبب الذى دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخن .

(٢) استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ١٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح ، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمناً سورياً والعقد ليس إلا تبرعاً ( نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المهامة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ١٠٦ ) . . عل أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إصدار المشتري وعلم البائع بهذا الإصدار أن الثمن سورياً ليس في نية البائع تقاضيه ، فقد يؤمل البائع أن المشتري سيقبل به عسر يسرا ( يوردى وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥ ) - أما العكس فغير صحيح ، فقد يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك الشراء الحاصل منه سورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإصدار وصورية العقد . فإذا اتقنت المحكمة بأن تصرفاً ما كان سورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري لإثبات ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر ( نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦ ) .

وبما يقطع في صورة الثمن أن يرى البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد ، أو أن يبه إياه ، فإن هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يقاضي الثمن ، وإنما يريد أن يسبق على العقد صورة البيع . وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً ، وإذا اعتبره فانه يكون هبة مكشوفة لا مسترة ، فيجب لانقضاءها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي تشترط فيها الرسمية في الهبة (١).

لكن إذا تم عقد البيع بذكر ثمن جدي فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدي ، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبته له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢).

٢١٦ - التمس التافه : ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه ، وكما لا يتم البيع بثمن صوري كذلك لا يتم بثمن تافه . والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التضاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن

(١) ولا يقال إن البيع يكون باطلا ويتحول إلى هبة صحيحة ، بل العقد هبة مكشوفة ولأستاذ جليل الشرفاوي ص ١٠٦ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبته إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتل على الهبة موصوفاً بعقد آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته ( نقض مدني ٩ يونيو سنة ١٩٢٨ بجلسة عمر ٢ رقم ١٢٠ ص ٤٠٠ ) .

(٢) بودي وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ ص ١٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جليل الشرفاوي فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوي فقرة ١٤٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - وبترتب على ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، وبأخذ الشفع العقار بالثمن المسى الذي أبرى منه المشتري أو وهبه إياه ، ولو اعتبر العقد هبة لما جاء الأخذ بالشفعة . وفي الفتين المدني العراقي نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٩ من هذا القانون على ما يأتي : « وليأخذ من يبيع ثمنه قبل القبض ، ولكن لا يلحق هذا المبدأ بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسى » ( انظر آنفاً فقرة ٢٠٦ في الماشي ) .

البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه ، وإن كان قد حصل عليه فعلاً (١) . فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً ، كان الثمن تافهاً ، فلا يتم البيع . وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة ، فإن الهبة تكون مكشوفة لامسترة ، ويجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن التافه ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ريع العين . فإذا باع شخص داراً ريعها مائة بإيراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضع أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار ، إذ هو يقبض ريعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب . وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا يبيعاً (٣) ، والهبة مكشوفة لامسترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الريع الحالي للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالي غير مستقر ، وأنه عرضة للتقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان

(١) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصوري . فالثمن التافه مقدار قليل جداً من الثمن لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً . أما الثمن الصوري فيكون عادة مقدراً من الثمن متناسباً لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك .  
(٢) أبريل ورر ٥ بقرة ٢٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان بقرة ١٢٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١٠٧ حاش ٣ - الأستاذ عبد اللطيف البدراني بقرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مسترة لا مكشوفة بلانيول وديبير وقرة ٤١ .

(٣) بلانيول وديبير وبولانييه ٢ بقرة ٢٣٧٢ - قارن جوران ٢ بقرة ١٠٢٥ .

(٤) قارن بيدان ١١ بقرة ١٤٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع ، وأن هذا يحصل الثمن مدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءه على أساس أن العقد يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب بيع (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

لا يزيد على الربع الحالى للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جديداً لا تافهاً وإن كان ثمناً بنحاً ، وصح البيع (١) .

## ٢٥ - الثمن البخس

( دعوى الغبن الفاحش )

### ٢١٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

- ١ . إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .
- ٢ . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتى :

- ١ . تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتى :

- ١ لا يجوز الطعن بالغبن فى بيع تم كنص القانون بطريق المزاed العلقى (٢) .

---

(١) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — أوروى رور ٥ فقرة ٣٤٩ هاش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ — الأستاذ جيل الشرقاوى ص ١٠٧ — الأستاذ عبد المنعم البيلوى فقرة ١٤٦ — وقارن ماركاديه م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودرى وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ١٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ويجوز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش إذا توافرت شروطها ، كما سترى .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص فى المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وفى لجنة المراجعة عمل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، إلا فى عبارة =

وتقابل هذه النصوص في التفتين المدف السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/٤١٩-  
٤٢٠(١) .

« واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب ، إذ كان نص المشروع كما يأتي : « فليس  
البائع إلا أن يطلب تسكلة الثمن » فاستبدلت هذه العبارة عبارة « فالبائع أن يطلب تسكلة الثمن »  
لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة التبن إلا دعوى تسكلة الثمن ،  
والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لتقص أهليته ، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويتين  
هذه الأخرى . وصار دتم النص ٤٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ،  
فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٥ — ص ٣٧ ) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع النهائي على وجه يقارب ما استقر  
عليه في التفتين المدف الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تمديداً لطيفاً فصار مطابقاً ، وأصبح  
رقه ٤٣٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦  
( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٧ — ص ٣٨ ) .

م ٤٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع النهائي على الوجه الآتي : « لا يجوز  
الطن بالتبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني » . وفي لجنة المراجعة  
حور النص تحويراً يحمل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التفتين المدف الجديد ،  
وصار رقه ٤٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت  
رقم ٤٢٧ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٩ وص ٤١ ) .

(١) التفتين المدف السابق م ٤١٩/٢٢٦ : التبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن القمار  
المبيع لا يترتب عليه حق إلا البائع في طلب تسكلة الثمن ، ويكون ذلك في حالة بيع حمار  
القصر فقط .

م ٤٢٠/٢٢٧ : يسقط حق إقامة الدعوى بالتبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد  
أو وفاته بسنتين . ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون القارية .

والفروق ما بين التفتينين الجديد والسابق بينها المذكرة الإيضاحية فيما يأتي :

١ — التفتين السابق لم يذكر إلا القاصر ، وجرى القضاء المصري على أن ذلك يشمل  
غير القاصر أيضاً من غير كامل الأهلية كالحجوز عليه ، فسجل التفتين الجديد هذا القضاء بأن  
نص على بيع القمار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ( استئناف مخطوط ١٠ أبريل  
سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ ) .

٢ — نص التفتين الجديد على الطريقة التي يقدر بها التبن ، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا  
كان التبن يزيد على الخمس أن يقوم القمار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء  
المصري ، ففتته التفتين الجديد ناقلاً في ذلك عن المشروع الفرنسي الإبطال ( م ٢٩٥ ) .

٣ — سجل التفتين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين ، حتى يتسق التشريع في  
دعوى الإبطال مع دعوى تسكلة الثمن لتبن ( انظر سريان التفتين الجديد بالنسبة إلى الزمان  
فيما يلي بقرة ٢٢٢ ) .



وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري  
المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ - وفي التفتين المدني الليبي المواد ٤١٤ - ٤١٦ - وفي  
التفتين المدني العراقي المادة ١٢٤ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني للمادتين  
٢١٣ - ٢١٤ (١) .

== ٤ - نص التفتين الجديد على عدم جواز الطعن بالنبن في بيع ثم كسر القانون بطريق  
المزاد العلني ، كالتبع جبراً لتنفيذ على مال المدين وكبيع عقار القاصر في المزاد العلني ، لأن  
المفروض في هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أصل لمن يمكن وقت البيع  
اتخذت ، فإذا رسا المزاد رغم ذلك يمتن فيه حين ، فليس في الأمر حيلة . وفي هذا أيضاً تفتين  
لما جرى عليه القضاء في مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٣٩ - ص ٤٥ .

وتمكن إضافة فرق خامس إلى هذه الفروق الأربعة ، هو الخامس بحماية التبر حسن النية ،  
فقد تم التفتين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كسب سقاً عينياً على العقار المبيع ، وقصر التفتين  
السابق الحماية على أصحاب الرهون العقارية .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٣٩٣ - ٣٩٥ ( مطابقة  
للمواد ١٢٥ - ١٢٧ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ  
مصطفى الزرقا فترة ٧٧ - فترة ٨٣ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤١٤ - ٤١٦ ( مطابقة للمواد ١٢٥ - ١٢٧ من التفتين المدني  
المصري ) .

التفتين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ - مجرد التفتين لا يمنع من نفاذ العقد مادام النبن لم يصحبه  
تفريط . ٢ - على أنه إذا كان النبن فاحشاً وكان المبتون مجبوراً أو كان المال الذي حصل فيه  
النبن مال الدولة أو الوقت ، فإن العقد يكون باطلاً . ٣ - لا يجوز الطعن بالنبن في عقد تم  
بطريق المزايدة العلنية .

( ويختلف التفتين العراقي عن التفتين المصري بوجه خاص في الجزاء المترتب على النبن ، في  
التفتين المصري الجزاء هو تكلفة التفتين ، أما في التفتين العراقي فالجزاء هو بطلان العقد أصلاً ) .

تفتين الموجبات والعقود السابق م ٢١٣ : التفتين هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات  
التي توصل لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات الموضوع .

م ٢١٤ : إن النبن لا يفسد في الأساس رضا المبتون . ويكون الأمر على خلاف ذلك وبموجب  
العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبتون قاصراً . ثانياً - إذا كان المبتون  
واشداً وكان النبن غاصساً : الأول أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، والثانية أن  
يكون المستفيد قد أراد استئثار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المبتون . ويمكن إلى الدرجة المعينة  
فيما تقدم إبطال عقود التفتين نفسها بسبب النبن .

( ويختلف التفتين اللبناني عن التفتين المصري فيما يأتي : (١) لم يحده التفتين اللبناني وقلاً =

ونرى من ذلك أن الثمن اليخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة المبيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، إذا توافر فيه شروط الثمن . فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بألفين أو بألف ، كان البيع صحيحاً (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً (٢) .

على أن بخس الثمن - كما نخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع في حالة واحدة ، هي حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز العلم في البيع بدعوى الغبن الفاحش (٣) .

## ١ - للشروط الواجب توافرها لتحقيق الغبن الفاحش

٢١٨ - شروط أربعة : يجب لتحقيق الغبن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ مدنى : (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية (٢) وأن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع فى مزاد علنى ثم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

= ثابتاً لأن ، وقد حدد التقنين المصرى رقاً لمفعله الخمس . (٢) مزج بين الغبن والاستغلال . (٣) قصر الغبن على القاصر دون غيره من لم توافر فيه أهلية . (٤) جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكله الثمن .

(١) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التلبس أو الغلط (نفس مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر أيضاً فقرة ٢١٤ فى المباحث) .

(٣) أما الغبن ذو الممار للثانى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المصالحه كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢) .

## ٢١٩ - الشرط الاول - صاحب العين المبيعة غير لأهل الأهلية:

يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فإن كان كامل الأهلية ، فهو حر في أن يبيع ماله بأى ثمن شاء . وإن باعه بثمان قليل ، لم يؤثر في سلامة البيع مقدار الثمن الذى لحق به مهما كان هذا الثمن فاحشاً ، ما دام الثمن جديداً قصد البائع أن يحصل عليه (١) . وليس يعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الثمن ، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال ، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الثمن في أن ذاك ذاتي وهذا موضوعي (٢) .

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاعل الأهلية أصلاً أو كان ناقصها فحسب (٣) . فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز

(١) أما في القانون الفرنسى . فيجوز الثمن في بيع العقار المملوك لكامل الأهلية إذا زاد الثمن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع ، ويجوز المشتري إما على رد الثمن واسترداد الثمن وإما على تكملة الثمن إلى تسعة أثمان القيمة وقت البيع . فمرد البيع هو الالتزام بالأصل ، وتكملة الثمن التزام بثلث (بلايول وريير . وهامل ١٠ فقرات ٢٤٦ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٢ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٥ ص ٥٥١) أنظر في تاريخ دعوى الثمن في القانون الفرنسى وأصل هذه الدعوى في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم بودوى وسينيا فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٢ - بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٥ .

وفي الفقه الإسلامى يمنع الثمن إطلاقاً في الأموال الربوية ( وهى المضمونات والأثمان أو المكاييل والموزونات ) . وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الثمن إذا لم يصحبه تفرير ، ولكن مجرد الثمن إذا كان فاحشاً يؤثر في بيع أموال المحجور وبيت المال والوقف فيجبل العقد فساداً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الثمن هنا معيار ماضى . أما الثمن في العقد بصفة عامة ، وهو الاستغلال المتصور عليه في الالتزامات بوجه عام ، فمباره معيار نفسى : ولا يشترط فيه الوقوف عند وثم معلوم . . . ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يظن فيه بالثمن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التى سبق بيئتها » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١ ) .

(٣) ويشر أن يكون صاحب العقار المبيع فاعل الأهلية أصلاً ، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً ، وإذا باشره عنه وصيه بنير إذن المحكّة كان العقد باطلاً أيضاً . فيبقى أن يباشر العقد الرسمى بإذن المحكّة ، ولا يباع العقار في مزاد علنى ، ويقع في البيع حين فاحش . ويبدو أيضاً أن يباشر العقد الولي في المحمود القرب لا يشترط فيها إذن المحكّة ، ويقع في البيع حين فاحش =

أو مجنوناً أو مسترحماً ، وهؤلاء فاقدهم الأهلية أصلاً ، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم . ويجوز أن يكون صيماً مميزاً أو محجوراً عليه لثقله أو لفسده ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم ، وقد يباشرون البيع بأنفسهم . أما النائب والمحجور عليه لقوة جنتية ومن أقيم له مساعد قضائي ، فهؤلاء لا يحبرون ناقصي الأهلية بسبب الجنية أو الضعوبة أو العاقلية ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

#### ٢٢٠ - الشرط الثاني - المبيع المبيعة عقار : ويجب ثانياً أن تكون

المعين المبيعة عقاراً . فبيع المنقولات بأي ثمن جدي مهما قل لا يبيعه الفنين الفاحش ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم إذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو « حوامة » أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بفنن فاحش ، لم يؤثر ذلك في سلامة البيع ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه . وكذلك إذا بيع متجر (*fonds de commerce*) فالمتجر يعد منقولا (٣) . فالمنقولات لا تحميها إذن دعوى الفنين الفاحش وإنما تحميها الاجراءات التي رسمها المشرع لحماية القاصر والمحجور عليهم في قانون الولاية على المال ، وأنها وجوب الحصول على إذن المحكمة .

أما إذا كان المبيع عقاراً ، فتحميه دعوى الفنين الفاحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون خفا عينياً دون

---

١٠ أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية ، فيضاف إلى هذين الفرضين فرض ثالث ، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع في البيع فنن فاحش ، فيكون البيع قابلاً للظن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الفنين الفاحش . انظر ما يلى فقرة ٢٢١ .

(١) استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ .

(٢) غير أن بيع حصص في شركة عقارية يعتبر بيع عقار ، إذا أدى إلى تجميع الحصص كلها في يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة ( بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ ) .

(٣) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصل في حساباته .

حق الملكية مادام واقعاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر (١). ولكن حوالة الحق الشخصى غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عيى واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار . بل هو بيع منقول لا تحميه دعوى التبن الفاحش ، لأن البيع واقع على حق شخص غير عقارى . فإذا كان الحق الشخصى واقعاً على عقار ، كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى التبن الفاحش .

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً بيما صفقة واحدة بشئ واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالتبن فى المقار دون المنقول . وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالتبن ، على ألا يدخل فى حساب التبن إلا قيمة المقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن (٢).

## ٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزاد علنى م وفقاً

لأحكام القانون : ويجب ثالثاً ألا يكون البيع فى مزاد علنى . ونلاحظ بادية ذى بده أن الذى تحميه دعوى التبن الفاحش هو البيع (٣) لا الشراء . فإذا اشترى

(١) ويستوى أن يكون المقار مفزراً أو شائناً - ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب الآل كما فى بيع البناء بقصد حمله ، وبيع الأشجار بقصد قلعها ، وبيع حق استخراج المعادن والأحجار من المناجم والمهاجر ( بودوى وسينيا فقرة ٦٨٠ ).

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٨ حاشى ٦ - بودوى وسينيا فقرة ٦٨١ - بلانويول وديير وحامل ١٠ فقرة ٣٣٨ ص ٢٨٥ - ض ٢٨٦ ) .

(٣) حل فى أنه لا يجوز الطعن ، فى عهد التفتين المدنى السابق ، فى بيع الوفاء بالتبن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد التبن الفاحش على عقد البيع الوفاء الصادر من ول القاصر للنير عن جزء من أملاك القاصر ، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفائى أم كان المقصود به إخفاء ومن مثله . وذلك لأن البائع فى العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن فى المباد ، ولأن للمشتري فى العقد الثانى ليس له أى حق عيى على التبن وإنما له دين ماضى ، وبذلك ينتج حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه فى ماله لإسكان استرداد التبن المبذوف فى الحالين ( ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المبررة لرقعة ٣٦ رقم ١١٧ ) .

القاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بفن فاحش ، فليست دعوى الفتن هي التي تحميها (١) ، وإنما تحمي الإجراءات المرسومة لهذا الغرض في قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول .

فالبيع وحده هو الذي تحمي دعوى الفتن . ويجب ألا يكون البيع حاصلًا بالمزاد العلني ، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع . فإذا رسا المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن ، فلا محل إذن للظن في المبيع بالفتن . هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهبطاً بأن يظن فيه بالفتن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من النخول في المزاد ، فلا تبيح الأسباب كاملة للوصول بثمنه إلى أعلى مقدار ممكن ، وتقلب الحماية ضرراً لا نفعاً .

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٧٧ ملغى تجرى على الوجه الآتي : ولا يجوز الظن بالفتن في بيع بنص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني . فكان الظن بالفتن ممتنعاً ، بموجب هذا النص ، في بيع يختم القانون أن يكون بالمزاد العلني ، وذلك كييع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعلم إمكان قسمته شيئاً . أما إذا كان البيع لا يختم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني ، كييع عقار غير كامل الأهلية والغائب (٢) ، فإنه يجوز الظن فيه بالفتن ولو حصل بالمزاد العلني . ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة ، واستقر النص في المادة ٤٧٧ من التفتين المدني الجديد على الوجه الآتي : ولا يجوز الظن بالفتن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المنطقة بأن المشتري لا يستطيع للظن في الشراء بدعوى الفتن ، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٤ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) .

كذلك لا يجوز للظن بالفتن في القايضة ، أو تقديم عقار كحصة في شركة ، ولا في الوفاء بدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدوي فقرة ١٥٣ - الأستاذ جيل الشرقاوي ص ٤٤) .

(٢) فهذا البيع يسمح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها تفتين المرافعات (انظر المواد ٧١٢ - ٧١٧) ، وإن كان القانون لا يختم ذلك . فقد يحصل القوس على إذن المحكمة في بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أعلى وأدنى غير قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة فإذا كان يختم أن يكون البيع بالمزاد العلني .

في بيع ثم كنص القانون بطريق المزااد العلني (١). فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزااد العلني ، وتم البيع فعلاً بالمزااد كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٧١٢-٧١٧ مرافعات) (٢) .

ويخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لدن (٣) . (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني لعدم إمكان قسمته عيناً . (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع (٤) .

ويجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال

(١) انظر آتياً فقرة ٢١٧ في المامش .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٢ - ص ٦٣ .

وفي معنى الرأي الذي ذهب إليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بعقود المزايعة ، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المائس المحسية لقصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر بالبيع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها . ولزم ذلك أن بيع عقار القاصر بالمزاورة مع تصديق المجلس المحسبي لا مخالفة فيه لقانون ولا المادة المشار إليها . ويكون حكم النص المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزاورة ( نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ ) .

(٣) ويستوى أن يكون المزااد العلني قضائياً أو إدارياً ، فإذا بيع عقار محجور بيماً إدارياً لاستيفاء الضريبة ، لم يميز الطعن في البيع بالبين ، لأنه بيع ثم بطريق المزااد العلني كنص القانون ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢ ) .

(٤) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في نزاع ملكية عقار مملوك لنير كامل الأهلية للجنة العامة ، بحجة أن التصويص غير كاف وأنه يخطو على عين فاحش : فالمفروض أن صاحب العقار المخزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحها له القانون لجعل التصويص حادلاً لا يخطو على عين ( كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب اللحل وحامد زكي فقرة ٤٧١ ) .

معاً (١). (٢) إذا باع الأب مال ولده فما لا يزيد قيمته على ثلثاته جنبه ، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (٣). (٤) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالتراد العلقى لعدم اشتراط

(١) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الإبطال وبقي سبب الثبوت ، فيجوز له - حيث أن يضمن في البيع بالثمن - . وتتحقق مصلحته في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالثمن عما كانت وقت البيع ، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقاره قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له إذن مصلحة في أن يضمن بالثمن دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى الثمن أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستائة ، فبيعه القاصر بثلثائة . فإذا بلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعمائة ، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى الثمن غيراً للباقي من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين ، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار . أما في الحالة الثانية فيسترد عقاراً قيمته وقت استرداده أربعمائة ، ويرد الثمن وهو ثلثائة ، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المذكرة الإفساحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ، وكان نظام المحاليس المسببة إذ ذاك قائماً ، ما بالي : هذا ويلاحظ أن نظام المحاليس المسببة يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس المحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الثمن ، عل أن الثمن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك ، كما إذا باع القاصر عقاره بثمن محض دون الرجوع إلى المجلس المحسبي . فيكون البيع قابلاً للإبطال من جهة ، وقابلاً للطعن عليه بالثمن من جهة أخرى . وقد يميز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يضمن فيه بالثمن إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالثمن عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكلفة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالثمن غيراً له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالإبطال ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١ ) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع نزل مال القاصر بثمن فاقش يعطى الحق في سلب تكلفة الثمن لا في طلب بطلان العقد ، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق منه وجود الثمن الناشئ في دفع إحدى دعويين ، إما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكلفة الثمن ( ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧ ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالثمن في عقد وقع من حل محل القاصر شرعاً في التعامل معه ، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب إبطال هذا البيع لنقص الأهلية ( ٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧ ) .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس ققرة ١٢٥ ص ١٧٥ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر ققرة ١٥٣ ص ٢٢٢ .



المحكمة ذلك . فقد يقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت عملاً رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة .

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتيالياً ، إذ يجوز أن يتدخل الغبن البيع الاحتيالى . فإذا بيع عقار محجور عليه بإيراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ربع العقار ، فاشتمل هنا جدوى ولكنه نمن بخس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش ، فيجوز الطعن في البيع بالغبن (١) .

## ٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المباع

وقت البيع بأكثر من الخمس : والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة العقار المباع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة . أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك ، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن . وتقف هنا عند ذم محدود لا تمتداه ، وهذا الزم مأخوذ من تفقه الإسلامى فيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعياً بخلاف الاستقلال فان معياره ذاتى (٢) كما قلنا .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ في المباحث — كذلك إذا كان العقار المباع هو حق انتفاع مدى حياة المنتفع أو حق رقة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع ، فإن هذا بيع احتيالى ولكن يجوز أن يدعى الغبن ( أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسى وانتهاه إلى إقرار هذا المبدأ بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٠٥٢ - أنسيكلويدى : الورز ٥ لفظ *venit* فقرة ١٨٩ — فقرة ١٩٧ — الأستاذ عبد المنعم البعازى فقرة ٢٥ ص ٦١ — ص ٦٢ — الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ — الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستقلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢١٠ — ص ٢٧٢ — وقارن الأستاذين نجيب الحلال وحامد زك فقرة ١٧٧ ) .

(٢) فلا يشترط في الغبن أن تتكون إرادة المنتون ممية ، بل يصح أن يكون على بينة من أمره غير مضبوط عليه وقد باع مختاراً بهذا الغبن الفاحش . أما في الاستقلال فلا بد أن يكون قد استغل في المنتون طيشه البين أو حوله المباح . ومن ذلك زى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى حيب في الإرادة ولا إلى نقص =

والعبرة في تقوم العقار ، لحساب مقدار ما وقع من غبن ، بوقت البيع (١) ، لا بوقت الطعن بالغبن . فإذا كانت قيمة العقار أقل ما يبيع بسبعائة ، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع . ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن ، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أضعاف القيمة ، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى .

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار للبيع ، ولا لتدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢) .

## ب - ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - وهو شكله الثمن : ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتشكك الثمن (٣) . ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أضعاف قيمته ، فإذا بيع بأقل من ذلك

---

في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مستولية تقصيرية ، وإنما ترجع إلى فكرة التبادل ما بين المبيع والثمن ، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير الثمن ، وهكذا فعل المقتنين المذنبين الجديدين . والقانون عندما يتطلب هذا التبادل في حالة التقاصر والمجهور لا يتسامح إلا في مسير لا يزيد على خمس القيمة ، ولذلك كان الثمن الفاحش سبباً في العقد ذاته أي في التبادل ما بين المبيع والثمن ( الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٤٧ - ص ١٩ ) .

(١) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعده سابق بالبيع ذكر فيه الثمن ، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له ، بالبيع في شراء العقار ، إذ في هذا الوقت يتم البيع . ولا يمتد بوقت الوعد بالبيع ، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة ، والاحتياط في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أي عند ظهور رغبة الموعود له في الشراء ( بلاينرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٤ ) .

(٢) بلاينرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥ .

(٣) استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الحامدة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مخطوط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ .

لم يطل البيع ، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (١) .  
وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبى في أكثر  
من الخمس ، وهو المقدار الذى يتغابى فيه الناس عادة . ولا يكون الثمن سبباً  
فى إبطال البيع ، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٢) .

والذى يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته من بعده  
أو بواسطة وليه . رفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد وإجازته البيع إذا كان  
هو الذى باشره . فإذا مات قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل  
تقادم دعوى الغبن ، رفعها ورثته من بعده (٣) . ويرفعها وليه نيابة عنه إذا  
كان هو لا زال قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي  
بعد إذن المحكمة (٤) . وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته ، لأن تكلفة الثمن  
التزام فى ذمة المشتري (٥) . وترفع أمام المحكمة التى يوجد فى دائرتها موطن  
المشتري ، لأنها دعوى بحق شخصي (٦) . وعلى المدعى ، أى صاحب العقار

---

(١) فإذا كان الثمن لإيراداً مرتباً على الحياة ، قدرت تكلفة الثمن وفقاً لحساب المئج  
فى شركات التأمين ( بلانيول وريبير وحامل ١٠ ص ٣٠٢ حاشى ٢ ) .

ولم ينص التفتين المدف المصرى ، كما نص التفتين المدف الفرنسى ( م ١٦٨٢ ) ، على أن  
البائع المطالبة أيضاً بقوائد تكلفة الثمن بالسعر القانونى من وقت المطالبة القضائية بتكلفة الثمن .  
فلا بد من اتباع القواعد العامة فى مصر ، فلا تكون المطالبة القضائية بتكلفة الثمن لاستحقاق  
القوائد بالسعر القانونى ، بل لابد من المطالبة القضائية بالقوائد ذاتها .

(٢) استئناف غنط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١  
م ٢٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٣) والدعوى لا تنجز ، فلذا تمدد الورقة ويجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها ( بلانيول  
وحامل ١٠ ققرة ٢٤٠ ص ٢٩١ ) .

(٤) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ الجمعية الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ  
عبد الفتاح عبد الباقى ققرة ٧٤ - ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ٣٦  
ص ٦٣ - وقارن الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى ققرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان  
مرسى ققرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل موسى ققرة ١١١ .

(٥) وإذا أخذ شفيع العقار بالشفعة ، حل محل المشتري فى الالتزام بتكلفة الثمن ، ودفعت  
الدعوى عليه ( الأستاذ أنور سلطان ققرة ٦٥ ص ٨٦ ) .

(٦) أما فى فرنسا فهم دعوى فسخ يتقادمها المشتري بتكلفة الثمن ، ومن ثم فهم دعوى  
مخطئة ( بلانيول وريبير وحامل ١٠ ققرة ٢٢٧ ص ٤٨٤ ) .

المبيع ، أن يثبت حقه في تكلة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فاذا أثبت ذلك ، حكم القاضي على المشتري بتكلة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع . ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري ، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قلنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به . بل إن تكلة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (١) . فاذا بقي العقار في ملك المشتري ، فإن البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائي المشتري ويستوفى حقه قبلهم من ثمن هذا العقار أما إذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتتبعه في يد الغير بحق امتيازهِ إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني ، كما رأينا ، على أن تنسقط بالتقادم دعوى تكلة الثمن بسبب الثمن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع . وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٢) - حتى ينسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكلة الثمن (٣) . فاذا كان صاحب العقار المبيع حياً ، فالويله أن يرفع دعوى تكلة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية ، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكلة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن . فإن مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية .

---

(١) ويجب شهر حق الامتياز عن طريق قيد تسجيل يأخذ مرتبته من وقت القيد ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٥ ) .

(٢) فإذا كانت دعوى الثمن قد تقدمت بستين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقدم التقنين الجديد ، فإنها تنسقط . أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض في هذا اليوم ، طبقت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات .

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ - وانظر أيضاً فقرة ٢١٧ في الحاشي .

وإن مات قبل بلوغه سن الرشد ، فلورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لأمدة سقوط ، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثل ( م ٢/٣٨٢ مدني ) . أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه ، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه ، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجر على النحو الذي تقدم في شأن القاصر (١) .

وقد قلنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الإبطال هذه تسقط هي أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع ، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين .

**٢٢٤ - دعوى الفسخ :** ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضاً فسخ البيع ، شأنه في ذلك

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية ، وتنقل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ ) .  
ويلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث سنوات ، فإن هذه المدة لا تنقضي ولو سحبر في خلالها على البائع ، لأن الوقف لا يبرد عليها كاسبق القول ( الأستاذان أحمد نجيب الملحاح وحامد زكي ققرة ٤٧٦ ) .

ويجوز بعد أن يستكمل للبائع أهليته أن يزيل من دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال . أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية ، فلا يجوز له ذلك ، بل لا يجوز ذلك أيضاً القول ولا لمحكمة ( الأستاذان أحمد نجيب الملحاح وحامد زكي ققرة ٤٧٣ ) .

(٢) أما دعوى الاستقلال فتعطي إشكالات الأهلية ، إذ أن غير كامل الأهلية ليس في حاجة إليها وصحته ما هو أقوى منها وهي دعوى الإبطال ( قانون الأستاذ جميل الشرتاوي ص ٤٧ ) .  
( م ٢٦ - الوسيط ٤ )

شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكمله (١). فإذا فسخ البيع ، استرد البائع العقار وود ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض (٢) .

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري . فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار معاوضة أو تبرعاً ، فإن المتصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه (٣) - لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ . ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٢/٤٢٦ مدني) (٤) . ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري (٥) . فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير صبي النية .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فإذا حكم بالتكلة ، ولم يدفعها البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠ ) . ولصاحب المقاز المبيع كذلك أن يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان لم يسلّمه إياه ، وذلك إل أن يستوفى تكلة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد . (٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها ، واسترد البائع العقار كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمه بعد النزول . (٣) ولكنه يعتبر سبباً النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ ، فإذا لم يكن المتصرف إليه قد شبرحقه الدينى - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ في حقه . أما إذا كان قد شبرحقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية ، فإن كان صبي النية سرى الفسخ في حقه .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٠ . (٥) ولا يمكن في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم يفسخ البيع ، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته ، فإن تنفر عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب على هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع ( قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٥٥ ) .

ووفقى من البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ، وإن كانت تقوم نتيجة لها (١) . فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذى قدمناه .

---

(١) وفي القانون الفرنسى ، كما رأينا ، يطلب البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ بتكملة الثمن . فالبايع في القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهى بتكملة الثمن . أما البائع في القانون المصرى فيبدأ بدعوى تكملة الثمن ، وينتهى بالفسخ .

## الفصل الثاني

### الآثار التي تترتب على البيع

٢٢٥- تطبيق القواعد العامة: البيع عقد ملزم للجائين ، فالآثار التي تترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١). ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢) .

(١) فإذا لم يتم أحد المتبايعين بالتزاماته ، جاز للأخر وفقاً للقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . والبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكله ، وعمل بمحبه عند الكلام في حقوق الامتياز . (٢) ويلاحظ أنه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضي بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من القانون المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناءً من يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فله لمصلحته (بودرى وسيينا فقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ — وانظر آنفاً فقرة ٢٤ / ) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بيان النية المبيع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحته لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن الإيجاب أدنى بالنسبة للمبيع ، فإذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك ضده (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ — ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري على مانعه قيمة الرهن الذي ينقل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في عقد البيع يفيد فيها المشتري لأن الشرط يفسر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٢) . وكان القضاء المختلط يجري بذلك على حكم نص القانون المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا القانون لم تنقل في القانون المدني المختلط . حل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكمها بأن القواعد العامة هي التي تسري في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالشك في الثمن يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع في =



## الفرع الاول

### التزامات البائع

٢٢٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية (١) .

## المبحث الأول

### نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المقصود بالمبيع - نصوص النصوص القانونية : قدمنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقاً عينياً آخر منطوقاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بمحالة الحق ، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

== خصوص تحديد كية المبيع تفسيراً أساساً لم يخرج به عن حد حل عباراتها على ما يمكن أن تحمله ، ودعت حكماً في هذا الخصوص بما يزيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها ( نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٢ ) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والتعهدات التي بالنصوص المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع كل قرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، فنص في المادة ٤٠١ منه ( أنظر أيضاً المادة ١٦٠٣ مدني فرنسي ) على ما يأتي : « كل البائع واجب أن يضمن المبيع » - أولاً - تسليم المبيع . - ثانياً . ضمان المبيع .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ١٠١ .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، وبيع حق الانتفاع يترتب عليه نقل حق الانتفاع ( أو ملكية حق الانتفاع ) ، وبيع الحق الشخصي يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة، هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٤٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي — وهذه هي حوالة الحق — فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدني ، وقد سبق بحث حوالة الحق في الجزء الثالث من الوسيط فسنستبعدا من بحثنا هنا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف فكأنها قوانين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

فيبحث إذن البحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المنفردة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعنيها بلفظ « المبيع » ، فإذا قلنا نقل الملكية في المتقول أو في المقار ، قصدنا بذلك نقل حق الملكية في متقول أو عقار ، أو الحقوق المنفردة عن حق الملكية وتكون واقعة على متقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحت ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المتقول (٣) نقل الملكية بالمقار .

## المطلب الأول

### نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ — مسائل ثلث : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدريجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحت في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي

لبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلا .

## ١٥ - التطور التاريخي للبيع كعقد ناقل للملكية

### ٢٢٩ - البيع في القانون الروماني : كان البيع في القانون الروماني

عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cessio) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلزم به البائع بمجرد البيع - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية - هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فما دام المشتري واضحاً يده على المبيع بحوزة حيازة هادئة ، وينتفع به بجميع الطرق المشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصبح أن يستبق الملكية عنده دون أن ينقلها إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً ما دام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له التعرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري

أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة المادية . ( والأمر الثاني ) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) .

### ٢٣٠ - البيع في القانون الفرنسي القديم : وانتقلت أحكام

القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يربط التزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت سائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن اختفى الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحله ، حتى أن بوتيه ، وهو الفقيه الذي ختم عهود القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري (٢) .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحله أدى إلى أن يكون البيع

---

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يحمل البيع ناقلاً للملكية أن حق الفلّك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما أزيلت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، وجب التفريق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية الثابتة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع ، وبهذا تبصر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتيه البيع على النحو الآتي : البيع عقد يُلزم بموجبه أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقدين الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كالك (lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose) ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتيه في عقد البيع فقرة ١) ، ويقف بوتيه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان الترضي والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فضلاً إلى المشتري (بوتيه في البيع فقرة ١ - وانظر بودي وسينيا فقرة ٦ ص ٥) .

مبيلاً غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم ألف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً صورياً ، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم ( clause de dessaisine-saisine, vest et devest ) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض مالم يثبت أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً ( clause de style ) في عقد البيع .

٢٣١- البيع في الفقه الإسلامي: وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشتري للمقار أو للمنفول مالكا للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع (١) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . . الثانية الحال ، وهو ثبوت الملك في البديلين للحال ، لأنه تمليك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البديلين للحال . بخلاف البيع بشرط اختيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تمليكاً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تمليكاً عنده . » وبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك (٢) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع

(١) جزء ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٢٥ .

قبل قبضه سواء كان منقولاً أو عقاراً (١) . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدى إلى الضرر بالمشتري الجديد ، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٢) .

وبخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامى ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذى يطلق يد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

### ٢٣٢ - البيع في القانون المبريت - القانون الفرنسى والقانون

المصرى : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسى القديم على النحو الذى أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسى القديم (٣) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين فاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدنى فرنسى وهى تقول : . . يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما

---

(١) ويذكرون لتليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز المشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذى يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . انظر الأم الشافى جزء ٣ ص ١٠ - فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥ .

(٢) مختصر المحامى ص ٨٤ - ص ٨٥ .

(٣) إذ تعرف البيع على الوجه الآتى : « البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه » . وهذا هو الأصل الفرنسى للمعنى :

Art. 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

على المبيع والثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع (١) .  
وجاءت نصوص التقنين المدني المصرى - القديم والجديد - صريحة فى أن  
البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) .

ومن ثم صار بيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع  
ناقلاً للملكية ، فجاءت النصوص صريحة فى بطلان بيع ملك الغير فى كل من  
التقنين المدني الفرنسى والتقنين للمدى المصرى ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً ..

## ٢٤ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فمعنى : يجب التمييز  
بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ،  
وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كتعاقد عامة فوراً بمجرد نشوئه . على  
أنه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع ، ولا بد  
على كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فإذا قام البائع بما  
عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية . وتوافرت الشروط  
الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها  
المشتري بعقد البيع .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى للنص :

Art. 1583 : ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى ، وانظر الأمان التحضيرية  
للتقنين المدنى الفرنسى وحى تصرّح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه  
( بودرى وسينيا فقره ٨ - فقره ١٠ ) . وهذا لا يمنع من أن تكون هناك إجراءات تلابس  
عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع  
فى المقار ضرورى فى القانون المصرى : لا فسخ لنقل الملكية فى حق الغير ، بل أيضاً لنقلها  
فيما بين المتعاقدين .

(٢) نصت المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدنى السابق على أن « البيع عقد يلتزم به أحد  
المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » .  
وفصت المادة ٤١٨ من التقنين المدنى الجديد على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري  
ملكية شيء أو حقاً مادياً آخر فى مقابل ثمن نقدي » .

فتتكلّم إذن في القاعدة التي تقتضى بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

### ٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون :

جرى التفتين المدنى المصرى على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريقة التي بموجبها ينقل البيع المملوكة إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية ينتقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدنى إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بانذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدنى وأحالت على النص السالف الذكر إذ تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك لمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجت هذه المسألة في الجزء الثاني من الوسيط (٢) ؛ فكتبنا ما يأتى : « وبلاحظ أن التفتين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل

---

(١) وقد نصت المادة ٢٩٣ من تفتين الموجبات والعقود البنائى على ما يأتى : « إن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على أى مقدار لا يكون له مفعول حتى بين المتبايعين إلا من تاريخ قيده في السجل العقارى » . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التفتين ما يأتى : « إن المشتري يكتب حتماً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عندما يصبح البيع تاماً باتفاق المتبايعين ، ما لم يكن ثمة نص قانونى مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحائنين الإئتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مريبوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع متخففاً على شرط الإنهاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .



الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع ببقية تختلف عن تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . ثم كتبنا فى الحاشية « ويذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانونى والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه فى بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد فى السجل العقارى . وفى فترة الانتقال التى تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . »

قلنا إنه قد توجد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فتنقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟

## ٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل

الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدنى على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن

---

(١) قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ و فقرة ٨٠

يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو صعباً (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع (٢) إلى المشتري . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع على إضاءاته تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من الفروع الثماني . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ ص ٤٢ - ص ٤٣ ) . ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مصولاً به دون نص لا تتطابق مع القواعد العامة .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السوري المادة ٢٩٦ ( مطابقة ) ، وفي التفتين المدنى الليبي المادة ٤١٧ ( مطابقة ) ، وفي التفتين المدنى العراق المادة ٣٥ ( مطابقة ) ، ولا مقابل لما في تفتين الموجبات والقيود البنائي ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون البنائي . انظر في القانون المدنى السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدنى العراق الأستاذ عباس حنين الصراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في عبارة « الحق المبيع » : « وعطه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عينى أو شخصى يقع عليه البيع » ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ ص ٤٣ ) . ويبدو أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يقصد به أن يقوم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك ( قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٩ هامش ١ ) .

(٣) مجموعة الأعمال التوضيحية ٤ ص ٤٣

تتهيئ في صدد هذا النص : « وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كسندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستقيها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأعمالاً سلبية (٣) .

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فتلها في المقار تصديق البائع على إمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد (٤) ، وشهر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ في الحاشي .

(٣) استئناف غنطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ - ٧ فبراير سنة

١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ .

(٤) ولكن كتابة العقد وما يسبق ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه عام لتسجيل يقع على المشتري لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد لتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإيضاعات عند تقديم العقد لتوقيع عليه . ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإمضاء العقد . وإذن فنحن نلاحظ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه المشتري لإمضائه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً في أن البائع غير ملزم إلا بإيضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلبه من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي ( نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨ ) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشتري هو الذي يمرر العقد النهائي وأن ما يلزم به البائع هو أن يذهب مع المشتري في اليوم المحدد إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام وليس القلم ، تمين على المشتري ، بدلاً من إنذار البائع بتحرير العقد النهائي في أجل معين =

حق الإرث الواجب حصوله قبل تسجيل البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كسندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار . ومثالها في المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على العقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري : كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستأجر من الأجرة ، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرهن حق تتبع العين في يد المشتري (٢) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة اليافع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى ينسرد نقل الملكية إلى المشتري ، فمثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المنقول بعد البيع ويسلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . ويجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يتلوه هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سري . ومثل ذلك أيضاً أن يلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً فيتعذر انتقال ملكيتها خالصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً

---

== وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إنذاره يوماً للعباب إلى ديوان المساحة ( نقض على ٨ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٢ ) - أنظر أيضاً الأستاذ أبور سلطان صفة ١٥٢ .

(١) الأستاذ محمد عل إمام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستبق البائع مستند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملتزماً بالدين ، ويطلب صورة من هذا المستند للمشتري .

يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١). وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله عسيراً. وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكف عنها ، إذ النص كما رأينا يلزمه « أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً ». مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاختافها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلتزم البائع أن يكف عنه .

### ٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية الى المشتري :

فاذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني والمادة ٩٣٢ مدني السالفتي الذكر . وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات . (٢) وأن يكون مملوكاً للبائع . (٣) وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢).

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعي ، فان الملكية

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كاث الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التصديق أبرم بمسود قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة من تسجيل العقد كان متوقفاً كآثر من أثر هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل لطرح بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإذا ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سابقاً لا رقابة محكمة النقض عليه ( نقض مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩ ) .

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري ، ولا يشترط غيرها . ففضل للملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقسافاً حل تفصيل متورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ . أما إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . وقد نصت المادة ٣٩٤ من نقتين الموجبات والفقد البنائ صراحة على هذا الحكم كما رأينا إذ تقول : « ويكون الأمر كما تقدم ( أى يكسب المشتري ملكية المبيع ) حتى في المالكين الاتنين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مروطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع متعلقاً على شرط الإنهاء » .

لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يصبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول ، ففى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وخالف الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتين أخريين : ( الحالة الأولى ) يبيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجه . فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر النقل الذى يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . ( الحالة الثانية ) يبيع

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم صنعه لدرجة تكفى لتعيينه ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائنيه ولا يجوز للبائع إنزاله ( بدران ١١ فترة ١٦٧ - بلانبول وريبير وهامل ١٥ فترة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٦٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرولى فترة ١٧٥ ) . وكان الفقه في فرنسا يلزم إلى أن ملكية الشيء للموصى بصنعه ( chose à fabriquer ) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبوله منه ، فهو يبيع على شرط التسليم ( vente à livrer ) ، وذلك كالأثاث الموصى بصنعه يبيع على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشتري ( بلانبول وريبير وببكار ٣ فترة ٦٢٢ - بلانبول وريبير ورواست ١١ فترة ٩٢٥ - بلانبول وريبير وبولانجيه ١ فترة ٢٨٩٥ ) . ثم اتجه القضاء الفرنسى إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم فى صنعه بحيث يكون ذلك كافياً فى تعيينه كما سبق القول ، وتبع القضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدرولى فترة ١٧٥) . حل أنه يجوز للمتاعدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري للشيء الموصى بصنعه وتسليمه لياه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذى يورد الخامات التى يصنع منها الشيء ( بدران ١١ فترة ١٦٧ ) .

وفى الأشياء التى تصنع على نموذج واحد ( fabrication en série ) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه معيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنتقل ملكيته من وقت الإفراز ( بدران ١١ فترة ١٦٧ - دمج ٦ فترة ٦٥ - كولان وكايجان ١ فترة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٦٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرولى فترة ١٧٥ ) . وفى بيع محصولات المستقبل إذا كان البيع جزائياً ، تنتقل الملكية بوجود المصنوع : منذ بلده وجوده وانفاذه أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند ذلك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما فى سائر بيع التقدير ( الأستاذ عبد المنعم البدرولى فترة ١٧٤ )

يكون محله تغييراً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عند ما يصل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخيري أن إعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار . أما لو كان المحل يدياً (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يبرئه ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشيء الأصلي (١) .

وأما أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فهذا أيضاً شرط طبيعي ، فالملكية لا تنتقل إلا عن مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فإن فاقده الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فإن هذا أجنبي عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بني الشرط الثالث، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل، وفي المنقول غير المعين بالذات على الإفراز ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلا على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بإجراءات معينة (٢) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع

---

== والانتاج كمن لا تنتقل ملكية إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه من أرضاء ( الأستاذ م. المنم البداروي فقرة ١٧٦ ) .

(١) أنظر في كل ذلك بودوي وسينيا فقرة ١١ - فقرة ١٢ - بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا مطلقا على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انقضاءه ( لوران ٢٤ فقرة ٤ - أبيري ورو . فقرة ٣٤٩ مائش ٣٩ - بودوي وسينيا فقرة ١١ - بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٠ ) .

وقت البيع فينتق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو بتق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : ( الأمر الأول ) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرتب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . ( الأمر الثاني ) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل به الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يتعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترن بأجل ، فالأجل يجعلها موقفة والملكية حق دائم لا يباحفه التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية إلى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

## ٢٢٧- البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية من استيفاء الثمن -

أما : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر البيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان

(١) وقد طرح الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا أن هذه نظرة فقهية غير سليمة . فالملكية كما قدمنا حتى دائم تستعصى طبيعتها على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقترن به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المبيعة إلا بعد سنة ينتفع بها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الاستماع بالدار مدة سنة ، أما الرقبة فتنقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير ينطبق بجميع الأعراس التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون في نفس الوصف الذي استفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستطيع أن يستفله وأن يتصرف فيه أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يقيمه شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة



البيع في هذه الحالة إجباراً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذ نقول : ١ - إذا كان البيع مؤجلاً ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقد أن يتفقاً على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إجباراً .

ونقتصر هنا على إيراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قدمناه في ذلك (١) .

### § ٣ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتقالها فملاً

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : بقرار التقنين المدني كمقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق ميني - ويندرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشيء الذي تعلق به الحق الميني وبالمحافظة على هذا الشيء حتى يتم التسليم . وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

وبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين نوعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام

(١) انظر آتياً فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

(٢) انظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٥ .

بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام يبذل عناية (١) .  
وللعفة التبعية التي أتبناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعه  
هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذا كان التزاماً تبعياً ، فإنه  
يكون التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشتري  
إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ،  
حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فلهلاك لا يكون  
على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .  
وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط (٢) : « فإذا كان  
الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك  
يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن  
تضيضاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويعبر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم  
في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ  
لا يخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو  
مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التفتين المدني الجديد هذه القاعدة  
في كل من البيع والتسمة » (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل  
تبعه هلاك المبيع قبل التسليم (٤) .

---

(١) ويرتّب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع  
إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقرّة فاهرة ، كان البائع مخلاً بالتزامه ، وينبني  
على ذلك مسخ البيع أو انقضاءه وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم كما سنبين . ويمكن  
الرجوع إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه  
الذي سنذكره . ويرتّب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام يبذل عناية أن البائع يحترق  
قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المتدق في المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون  
مستثلاً عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذي بيناه .  
(٢) فقرة ٤٣١ .

(٣) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامي ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو  
أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٤) وسنرى هناك أثر الإجماع في تحمل تبعه الهلاك (م ٢٠٧ مدني - الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) .  
واضطر في تفتين الموجهات والفرد البناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالتفتين المدني الفرنسي  
يحمل المشتري باحباره مالاً تبعه هلاك المبيع قبل التسليم .

### ٢٣٩- ما الذي يترتب على انتقال الملكية فمعه المشتري: فإذا توافرت

الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهي الشروط السابقة الذكر، فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولا - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يتسلمه من البائع. ويستوى في ذلك العقار والمنقول (١). أما المنقول فظاهر، فهو حين مبيته بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري، فلهذا أن يصرف في ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما العقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض، واستطاع أن يصرف في المبيع وهو لا يزال في يد البائع (٢).

ثانيا - يكون المشتري نحر المبيع وغاؤه باعتباره مالكا له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٩ مدني صراحة على ذلك، إذ تقول: «والمشتري نحر المبيع

---

(١) وقد رأيت أن المشتري وأثره نائبه المقتضى الإسلامي ليس له أن يصرف في المبيع قبل نفسه، وإنما من أنه أصبح مالكاً له (نظر آسأ فقرة ١٩٤١). وقد طارق الفقيه العراقي المقتضى الإسلامي في ذلك، فصحت المادة ٥٢٠ من طالع الفقيه على أن المشتري أن يصرف في المبيع، عقاراً كان أو منقولاً، بعد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض. وهذا هو الحكم أيضاً في تدبير المحررات والسيود السابق، إذ نص المادة ٢٩٥ من هذا المقتضى على أنه «يجوز للمشتري - إن شاء الله - حتى قبل التسليم، أن يصرف في المبيع، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانوني يخالف». ويجوز للبائع أن يصرف من حقه في الأمر قبل نفسه. وكذلك هذا هو الحكم في كل من الفقيهين المصري والفتوى الذي ليس، طبقاً لقواعد العامة في هذين الفقيهين وهي من قواعد السادة من الفقيهين المصريين.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل منه البيع وكان المبيع لا يزال في يد البائع، فإن المشتري يستطيع حتى عند الخالة أن يصرف في العقار، وبعد تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذي صدر منه قد صدر من مالك، إما بفضل الأمر القوي لتسجيل حل الرأى الذي يقول به، وإما بإظهار أن المشتري وقت أن باع كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فيطلب البيع صحيحاً طبقاً لقواعد بيع ملك الغير السابق ذكرها.

وقد لفتت عناية الاستئناف المصنعة بأنه إذا كانت حدود الأرض المبيعة في عقد بيع تخالف الواقع، فالذي انتقلت ملكيته بالمبيع هو ما يطلق مع المصنف القرار في عقد البيع لا المصنف الواقع (استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٢ ص ٢١٠).

ونفاؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (١) .

ثالثاً - إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاحمه في ذلك دائر البائع (٢) .  
رابعاً - تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لا في حق المتبايعين وحدهما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائر البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائر المشتري أن ينفذ على المبيع .

خاصاً - كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١٢٤٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٩٦) ، لولا أن التقنين المدني المصري - ومعه التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعى أن الالتزام بالتسليم التزام بنمي كما قلنا ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك كما سيأتي .

(١) وهذا هو أيضاً ما تنص به المادة ٥٧٢/٢ من التقنين المدني العراقي إذ نقول : « والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وتنص تلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فنص على أنه « يجب على المشتري عند صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة » . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن « جميع مستجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٤٤٧/٢ من التقنين المدني الليبي .

ونظر في تلك المشتري ثمار المبيع وثماره من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما يمل فقرة ٣٩٢ - فقرة ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٣٣ ، وهي تقول : « إذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أعاد المشتري للمبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر المرماء » .

## المطلب الثاني

### نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه : حتى نتبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول ، يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر تفرد من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، فتسرى في هذه الحالة الأحكام التي صدكرها في المنقول ، ولا يعين المبيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبيعة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، وبذلك كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه لا بالذات منقولاً لا عقاراً ، كما يغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد عرضنا للتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

### ١٩ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً اتى أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه على الوجه الذي قلناه . وقد رأينا أن التفتين المدني المصري قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدني ، وأكملها في المادة ٩٣٢ مدني (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ ،قرة ٤٢٢ ص ١٧ .

(٢) أنظر أيضاً قرة ٢٣٤ .

وتنتقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيها بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

#### ٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : تنتقل الملكية بمجرد

تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات مملوكة له من شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع (١) . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لمشتري ثان انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني « غيراً » ، فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

#### ٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنتقل ملكية المنقول

بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في المثال المتقدم باع انسيارة مرة أخرى لمشتري آخر فإنه يكون قد باع ما لا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبائع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردحها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للتراعد المنهورة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول للسيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى

مالكها ، وليس المشتري الآخر أن يرجع بشيء على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قلنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الآخر ، وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول (١) ، فإنه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بمقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قلنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكا لها ، ويبع ملك الغير لا ينقل الملكية بذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنقل إليه الملكية لأمن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي أصبح مالكا بالبيع الأول كما أسلفنا (٢) . وملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشتري ثان في المثل الذي قلناه ، وإنما تنقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائر بحسن نية لأن المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكا بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

#### ٢٤٤ - انتقال الملكية في البيع المزاد : ماله : وقد رأينا أن المادة

٤٢٩ مدني تنص على أنه إذا كان البيع جزائياً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنقل به في الشيء للمعين بالذات ، ويكون البيع جزائياً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع . وسبق أن حددنا متى يكون البيع جزائياً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً

---

(١) أما إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . ونرى السيارة ملوكة لمشتري الأول ، وله أن يستردها من المشتري الآخر بدعوى الملكية ، ورجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قلنا .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدية في مجموعة الأعمال للجمعية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ انتهى رقم ١ .

على تقديره ، فإن البيع يكون في هذه الحالة جزافاً (١) . وذكرنا أن بيع الجزاف ، مع حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشيء المعين بالذات ، فننتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٢) . ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

## ٢٦ - الشيء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالإفراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه (٣) ، وكان البيع بالتقدير (٤) ، لم تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشيء المعين بالذات ، وإنما تنتقل بإفراز المبيع وجمعه بالإفراز معيناً بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشيء قبل إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل الإفراز (٥) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول : ١ - إذ ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الخاتين بمقه في التمييز (٦) ٤ . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول : والمنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ .

(١) أنظر آتياً فقرة ١١٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٣) أنظر آتياً فقرة ١١٧ .

(٤) أنظر آتياً فقرة ١١٨ .

(٥) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٦) أنظر في هذا النص الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٩ .



٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - اعادة : وقد قلنا في هذا الجزء من الوسيط (١) ، وفي الجزء الثاني منه (٢) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً (٣) أو غير نقود (٤) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز (٥) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل تبعه الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده (٦) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - اعادة : وإذا لم يقيم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعداد البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط (٧) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤٨ - نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : تنص المادة ٩٤ من القانون التجاري على أن « البضائع التي تخرج من مخزن البائع

(١) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٥) أنظر آتياً فقرة ١٢٧ .

(٦) أنظر آتياً فقرة ١٢١ .

(٧) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها ، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هي التسليم (١) ، فالمرسوم المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذي يتحمل تبعه الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعه الهلاك . ونرى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تعارض القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم ، لأن البائع هنا هو المالك .

ويبقى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فنتنقل إليه تبعه الهلاك (٢) . ولا تخرج الحال من أحد أمرين : (١) فاما أن يتم التسليم عند الشحن أى في محطة التصدير ، فإذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعه هلاك البضائع في الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى في محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تترسخ إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعه هلاك البضائع في الطريق على البائع الذي يبقى مالكا لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يطلب أن يوفق المتعاقدان حل أحد الأمرين . فاما أن يوفقا على أن يتم

---

(١) فتم الإفراز منه التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفسد البائع والبضائع في الطريق ، جاز المشتري أخلاها إذا كانت الملكية انتقلت إليه منه الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع في الطريق لا تزال للبائع ( الأستاذان أحمد نجيب الأهلال وحامد زكي فقرة ٢٤٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١١٥ - ص ٢١٦ - ص ٢١٧ ) .

وقضت محكمة النقض بأن القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بفترة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مشتملا عن نتيجة تقصيره ( نقض مغف ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أ إلى أم النقض ٧ و ١٠٨ ص ٧٦٧ ) .

التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البرى عند اشتراط التسليم في محطة الشحن (franco gare départ) وفي النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قلنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين والتأويلون . وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط ، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والتأويلون : (cost - assurance - frêt - Cif : cost - insurance - freight : Cif) ، (٢) ولا يعتبر تسليم البضائع

- (١) استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .
- (٢) انظر في اقتضاء المخطط في البيع (Cif) وفي أن مسئولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف مخطط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٩ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٣ .

وتقتضى محكمة استئناف مصر بأن البيع Cif معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وتأويلون الشحن وتحمل المشتري مسئولية الميزر أو تلفت الحاصل البضاعة بعد الشحن (استئناف مصر ١٠ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

قد تمّ إلا إذا أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يفتق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفي هذه الحالة تبقى البضائع ملكاً للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يفتق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب في المسائل المدنية تطبيق المادة ٤٣٦ مدني وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ في محطة التوريد ، إذ نقول : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (٢) . أما في المسائل التجارية ، فبراعى مع هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أي منقولاً غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا على المالك ( المشتري ) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجاري إلى نطاق التعامل المدني (٤) .

= وانظر في البيع (Fob) أي بائعاً تسليم السفينة : استئناف مخطط ١٢ ماي سنة ١٩٤٦ م ٨٨ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ . (١) والبيانات هي في النقل البحري اسم السفينة والأعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع . وفي النقل البري إذا كان التسليم في محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بصحبة العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) . أنظر في كل ذلك بيدان ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التقنين المدني السابق ينص في المادة ١٧٠/٣ على أن الوفاء يكون في موطن المتهمة أي أن التسليم يتم في محطة الشحن لا في محطة التفريغ (استئناف مخطط ١٨ ماي سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التقنين السابق على كل العقود التي تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ ص ١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان محمد علي إمام فقرة ١١٥ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٣١١ .

### المطلب الثالث

#### نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - **لا تنتقل الملكية أو بالتسجيل** : أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجرى على الوجه الآتي : ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهادتها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر .

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا يقتصر منطقته على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فإن عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشاراً ، فيحسن الإلزام بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

تستعرض أولاً تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه

يكون عند التكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

## ٥ ١ - تطور نظام الشهر العقارى في مصر

٢٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة تيسر لذى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذاً في حقه ، حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل . فاذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هي نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير البائع لم يقدم على الشراء أصلاً .

وشهر الحقوق العينية يكون بآليات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهي إثبات حرق للمحررات المشتعلة على التصرفات حتى يتيسر لذى المصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف ، وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في التصرف ، وهي البيانات التي يهتم ذا المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية في الحقوق العينية النجبة أى التأمينات العينية ، وهي الرهن وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكنى إثبات مبلغ الدين والعقار المثلل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات الجوهرية .

ويخلص مما قلناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار . لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة في محررات حتى يمكن شهرها ، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس . فعلم بها . ومع ذلك فهناك واقعة مادية هي الموت وما يرتبه من حق الإرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أخذت فعلاً لهذا

النظام في فرن تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهيتها ولسهولة إثباتها في محرم يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقعة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فن المنقولات ما يجري فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهره في مكان معين ، وذلك كالتاجر والسفن . وتقوم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوق شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، صفود الإيجار والمخالفات بالأجرة وحوالها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في العقارات وللاتيان العقاري . فن يريد التعامل في عقار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما ينقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره ، فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حتى رهنه مأموناً ، ويعنيه أيضاً أن يعرف هل تقل العقار قبل ذلك بحقوق معينة تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقدين .

لذلك لم يحل بلد متحضر من نظام الشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاماً صديقاً ، يجب أن يكون محكاً في ترتيبه وفي حجته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيداً أن يسر لدوى الشأن معرفة ماتهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجته ، فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجبة قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا بعد التحري من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هذه الحجبة المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي مبني من هاتين الناحيتين . فهو مبني من ناحية

الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو التقيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذى تصرف فى العقار ، ولا يفيد هذا حقاً كل ماوقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص فى عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقى فى العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين فى موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فكيون التعامل معيماً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصى الغرض الذى وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فإن التصرفات التى تشهر فى هذا النظام لا تنهزى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فإن كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر فى هذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيماً . وهذا النظام الشخصى للشهر يسود العالم اللاتينى ، فهو النظام القائم فى فرنسا (١) وفى بلجيكا (٢) وفى إيطاليا (٣) وفى كثير من البلاد

---

(١) كان التقنين المدنى الفرنسى يقرر أن الملكية فى العقار تنتقل بالمقد ، فيما بين المصالحين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بمقد تبرع كالمبة فلا يجمع به حل الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل حقوق الماوضة والتبرعات للاحتجاج بها حل الغير . وفى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون ( دالوز الدورى ١٩٣٥ - ٤ - ١١٩ ) أضاف إلى التصرفات الواجبة لتسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، قرى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ ( دالوز أنيسكلويدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها ) ينظم الشهر فى الحقوق العينية الأصلية والقبضية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعى سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٢٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) تقنين المدنى الإيطالى م ٢٦٤٣ وما بعدها .



اللاينية . وهو النظام الذى لازال قائماً فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سئرى .

أما نظام الشهر العيى أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عيياً . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يتقله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير مايمكن مع الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يتقل هذا العقار مع الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيى محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صحتها تحرياً بالفاً ، فيستضى من موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهلبيتهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو ميب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيى إلى المتصرف له لأبناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العيى هو نقل الحق العيى لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيياً فى الحالات القليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف الميب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قلنا ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة السجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات الميبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقضى هذا التعويض مع رسوم الشهر ذاتها ، فكان فى هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتضمن بالسجل العقارى . والذى يمنع

من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة هو ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي قبل إدخاله ، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها ، تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقاري . وتزيد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبهت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخال هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإنما يسهل نسبياً إدخال نظام السجل العقاري في بلد بكر لم تتجزأ فيها للملكيات ولم تمتد إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل الغالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضمه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسمى التشريع الذي أدخل النظام بقشريع تورنس (acte Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس في سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقى النظام في البلاد العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق (١) وفي سورية وفي لبنان . وقد

---

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراقي الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن علي النون فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . ويعتقد الأستاذ القانون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدني عراق من أن بيع العقار لا ينتقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصبح البيع مقبلاً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقي في قيمة العقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدني عراق : « بيع العقار لا ينتقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون » . (٢) م ١١٢٦ مدني عراق : « ١٥ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار . ٢ - والعقد الناقل للملكية عقار لا ينتقد إلا إذا وُصفت فيه الطريقة المقررة قانوناً » . (٣) م ١١٢٧ مدني عراق : « العهد ينتقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أغل أحد الطرفين جهده ، سواء اشترط التعويض في العهد أم لا يشترط » .

ويؤخذ من هذه النصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقي مقبلاً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى الغير فيها بين الصالحين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل . ثانياً - العهد السابق -

عده تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعات عقارياً شاملاً بهذا النظام (١) .  
والآن وقد ألمنا بنظام الشهر العقاري ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

**٢٥١ - مرسوم أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ لي عمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقاري قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء**

== مل البيع - وهو التمتع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بمقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أجل المدين إلزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التمتع الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التمتع مل مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشروط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعد استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن عدائهم يلحقه أي ضرر ، وكل هذا تطبيقاً لقواعد المقررة في الشرط الجزائي (أنظم ١٧٠ مدني) . وإذا لم يتفق المتعاقدان مل شرط جزائي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض من الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً لقواعد المقررة في هذا الصدد ( أنظر م ١٦٩ مدني عراق ) ، ومصدر هذا التعويض الذي يقدره القاضي هو ، كصدر الشرط الجزائي ، المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بالتعويض ينقل ملكية العقار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق هو المسئولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسئولية العقدية ( قارن الأستاذ القانون فقرة ٤١٨ ) . وكذلك القول بأن هذا التمتع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق يتحول من عقد بيع باطل إل عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولست هنا في حاجة إل التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إل عقد غير مسمى ( قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٣٩ ) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التمتع المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراق ملزماً بنقل الملكية حيناً ، فلا يقتصر مل الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان الألماني والسويسري ، وكلاهما أعطى كالقانون العراقي نظام السجل العقاري .

(١) أنظر في نقل ملكية العقار بالبيع في قانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ وما بعدها . وفي القانون المدني السوري عقد البيع غير المسجل ينشأ التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه حيناً ولا يمكن بالتعويض ( الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩ ) .

من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدني القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فستعرض إذن عهوداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

### المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدني القديم - التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر (١) .

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عبء تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إدارى وضع لجبى الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جمل سنوى يقابل الضريبة العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيع بعد ذلك للأفراد التزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لأمنته المعروفة وجعل

---

(١) وقد نفتت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسرى على عقود البيع فيما بين الأقاليم قبل صدور القوانين الحديثة ( استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ ) ، وبأنه كان يكن لانقضاء البيع توافق الإيجاب والقبول على البيع والتمن ( استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ ) .

للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل بالوراثة إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحرمها القاضى الشرعى ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضى الشرعى قبل أن يحرم الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التى صدرت للبائع ، ثم يحرم الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغيير في شخص المتلزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذى وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأراضي .

ويخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحريره في حجة رسمية بواسطة القاضى الشرعى . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقة إلى ورثته ، أما إذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

---

(١) أنظر في هذا الموضوع استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ ملحق سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٢ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٨١ - ومع ذلك فقد لمست بحكمة الاستئناف المخططة بأنه كان يمكن توافيق الإيجاب والقبول لانقضاء البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا لإثبات ( استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه - ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الإشارة إليه ) .

## المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدنى السابق

٢٥٤ - اقتباس نظام الشهر الفرنسى : وفى عهد الإصلاح القضائى ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب التى قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى السابق معمولاً بها فى حالة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سبأنى الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وهى بالذات نصوص التقنين المدنى السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به اليوم فى هذا المعنى على أنه « لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها » (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ - نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام الشهر :  
النصوص الرئيسية التى تضع نظام الشهر العقارى فى التقنين المدنى السابق هى :  
أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق انبئية تنقل فيما بين المتماقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص للمادة ٧٣٧/٦٠٦ ، ويجرى على الوجه الآتى : « فى جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية

---

(١) وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ .

في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً .

ثانياً - نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدرها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتص المادة ٧٣٥/٦٠٩ على ما يأتي : « وفي مواد المقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٧٣٦/٦١٠ - ٧٤٠/٦١٣ ، ونحرم هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦٣٧/٦١٠ - ملكية المقار والحقوق المترتبة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة » - م ٧٣٧/٦١١ - « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز المقار أو في المحكمة الشرعية » . م ٧٣٨/٦١٢ - ٧٣٩ - « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمراد والعقود المشتعلة على قسمة عين المقار » . م ٧٤٠/٦١٣ - « وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة عن ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين » .

ثم تنص المادتان ٧٤٢/٦١٥ - ٧٤٣/٦١٦ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، وتجريان على الوجه الآتي : م ٧٤٢/٦١٥ - « في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لم حقوق عينية على المقار وحفظها بمواقفهم للقانون » . م ٧٤٣/٦١٦ - « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي إرجاع ما دفع مقدماً زيادة عن أجر الثلاث سنين » .

وتأييد النصوص المتضمنة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب

الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٦٩/٤٧ وتجرى على الوجه الآتى :  
« أما الأموال الثابتة بالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين  
إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . والنص الثانى ورد فى  
نصوص البيع ، وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ وتجرى على الوجه الآتى : « لا تنتقل  
ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع  
كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوفة قانونا  
وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » .

ثالثاً - نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تقضى بأن الحقوق  
العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهى المواد ٧٤٤/٦١٧ -  
٧٤٦/٦١٩ ، وتجرى على الوجه الآتى :

م ٧٤٤/٦١٧ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له  
والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من  
حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بمقد  
ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » .

م ٧٤٥/٦١٨ : « وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من  
الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٧٤٦/٦١٩ : « وفى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين  
يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعاً - نصوص تقرر نظام القيد فى الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار  
ليجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد  
رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه  
النصوص المتفرقة ، فهى فى الرهن الرسمى المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ،  
وفى حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفى حقوق الامتياز  
العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى فى حفظ حق امتياز بائع العقار  
بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابقاً  
٧٢٧/سادساً) .



عاماً - نصوص تنظم عملية التسجيل ودفتره ، وتكتفى بالإشارة إليها وهي  
المواد ٧٥٠/٦٢٢ - ٧٧٤/٦٤١ .

**٢٥٦ - ما يستخلص من النصوص المتقدمة :** ويستخلص من  
النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع  
الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام  
التقيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحتى امتياز بائع العقار ، فإن الحق  
الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجرز حفظه بتسجيل عقد  
البيع . وفي عن البيان أن التقيد في الحقوق العينية التبعية كان ضرورياً لإمكان  
الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً :  
فالحقوق العينية الأصلية كانت تنقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ،  
أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنقل إلا بالتسجيل .

**٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق :** قلنا أن  
عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي  
من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . وزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ،  
فليست كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .  
ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

**أولاً - من ناحية الترتيب -** نعرض جهات التسهر : الشهر في هذا  
النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس  
مركباً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام  
الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قلنا أن صاحب المصلحة  
لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من  
تصرفات وهذا هو الذي يمتنع ، بل إن ما يعرفه موكل ما صدر من شخص

معين من التصرفات وهذا قد يفي بحاجته وقد لا يفي (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة ، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة (٢) . ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم كتاب هذه المحاكم ، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً . ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف . واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تفيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية .

(١) وتزيد الصعوبة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية ، ويعتمد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحسب مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يجد ، فيؤمن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر عنه تصرفات . والواقع أن هذا الشخص صدرت منه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة الفرنسية . والأمثلة عن ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي كتابه « الشهر العقاري علماً وعملاً » (ص ٥٧) مثلاً فيما كتبه بصدده قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : « فتمت صعوبات ومساوئ كثيرة : نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها المجانية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالباً تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندی Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالي مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad , Ghindi ، فالشهادة التي تعطى على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون سلبية ، في حين أنها لو عرفت عن الاسم الصحيح لكادت إيجابية » .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ - وانظر في تبادل الانحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي « الشهر العقاري علماً وعملاً » ص ١٠ و ص ١٧ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن تنوq المحاكم المختلطة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الإجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان ينتدب بأقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن تنوq المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تقتضيه من المحررات المشار إليها لكي تسجل لديها في سجلات خاصة لذلك .

فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من الحاكم المخططة والحاكم الشرعية والحاكم الوطنية ، ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شبر من التصرفات التي تعنيه .

ثانياً - صرح ناهية المحمية : ولم يكن لنظام الشهر في التفتين المدني السابق حجة كاملة كالحجة التي تفترون بنظام الشهر العيني أو السجل العقاري . فان الشهر بموجب نظام التفتين السابق ليس لإتسجيل التصرف أو قيده كما هو على علته وبجميع ما ينطوى عليه من عيوب . فإذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأى عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلاً ولا يطل عقداً صحيحاً ، كما قلنا . فإذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر العيني فان هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشتري بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، ويأخذ المالك الحقيقي الذى سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً مما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المهررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو تحرر للإستيفاء من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرر ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديدته . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المهررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً - صرح ناهية المحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التفتين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات

حصراً دقيقاً حتى يشملها جماً . وقد شاع التصور في شهر التصرفات ، ويرجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١- لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ نظام الشهر في التقنين المدنى السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسى كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذى لا مبرر له كانت العادة تبثه ، وتشجع عليه الرغبة في تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناوله الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى في العقار غشاً منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢- ويفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر . فهو لا يدخل في هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويرتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينتقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس يتصرف قانونى . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدنى السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « ملكية العقار والحقوق المنفردة عنها إذا كانت آيلة بالإرث ثبتت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة » . فلا ينحصر الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل في نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هي تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت في بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية في العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣- ونوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالمشروع قد ذكر في المادة ٦١١/٧٣٧ الحقوق الخاصة لنظام الشهر وهي : الحقوق بين الأحياء الآتية من عقود انتقال الملكية أو الحقوق المالية القابلة للرهن أو من العقود المتجة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتتة على ترك هذه الحقوق . فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق المينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدني السابق (١).

٤- وأخيراً لم يكن نظام الشهر في التقنين المدني السابق دقيقاً في فصل الحقوق المينية الأصلية التي تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التي تخضع لنظام القيد . فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية في نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (٢).

فعل ذلك في حالتين : ( الحالة الأولى ) هي الرهن الحيازي العقاري ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد في غير مبرر (٣). ( والحالة الثانية ) هي حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء في المادة ٦٠١ سابغاً ٧٧٧ سادساً كما رأينا ما يأتي : « فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمة ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » . وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع

---

(١) وأغل التقنين المدني السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة ( استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ الهامزة ١ رقم ١ ص ٩ - استئناف مخطوط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨ ) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إشهاد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم من قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذي أوجب تسجيل إشهاد الوقف في سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية .

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فينقضي التجديد إذا المصلحة من البحث لمدة أكثر من عشر سنوات .

(٣) وإذا كان الرهن الرسمي وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب في ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازي وهو يكتب في ورقة عرقية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة للقيد حتى من الأوراق العرقية .

( م ٢٩ - الوسيط ج ٥ )

على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حتى الامتياز ذاته . وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

### المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

#### ٢٥٨ - محاولات الإصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل :

هذه العيوب التي بطنها فيها تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في التقنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العيني أو السجل العقاري في مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثاني إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث موضوع إدخال السجل العقاري في مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السابقين الذكر وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذي يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو . وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقاري حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذها أمراً ميسوراً . واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري . وعرض

مشروع القانون على الجمعية التشريعية المخططة ليكون نافذاً على الأجانب ،  
فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو  
قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣  
ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى  
على المحاكم المخططة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ،  
أما المهررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص  
التقنين الملغى السابق كما قدمنا .

ولازال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المهررات التي تم  
شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري  
الذي تلى قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير تنص على أن جميع  
المهررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل  
العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام .  
من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها

---

(١) نصح المستشار القضائي منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم في سنة ١٩٠٢  
إعداد مشروعين ، يري أولهما إلى توحيد ألقام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل  
العقاري محل نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد عرض هذان  
المشروعان في سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن  
الدول صاحبات الاعتراف لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الاعترافات إلى لجنة  
فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ،  
ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد  
انقطاع لجنة الاعترافات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كجنة  
مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة . وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل  
سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة بالبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين  
والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يقضن اقتراحات اللجنتين معاً ، وهي اللجنة المشار  
إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ( أنظر الأستاذ  
محمد كامل مرسي في شهر المصروفات العقارية فقرة ٢٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان  
ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي حرة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨  
العدد الثالث ) .

قانون التسجيل، ونبين بعد ذلك ما عالجته هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدني السابق وما بقى قائماً من هذه العيوب .

**٢٥٩ - أهم نصوص قانونه التيسيل :** يتناول قانون التسجيل المهررات التي يجب شهرها ، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة في هذه المهررات .

**أولاً - المهررات التي يجب شهرها :** أما المهررات التي يجب شهرها فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهي المهررات المتعلقة بالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوقي الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدني السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتي :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة لحقوق الميئنة العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة على الحقوق الميئنة العقارية وعقود الإيجار والمخالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل في الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وفي الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فنصت المادة الأولى على أن : جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض ، والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك ، يجب إظهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية . ورتبت على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص



الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين .

ونصت المادة الثانية على أنه : يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجراءات التي تزيد منها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا دخلها التليس . غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية مع هذه المادة ، لا يكون الغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت منها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماد ما دفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنين .

٢ - وتناولت المواد ١٧ و ١٨ و ١٩ دعاوى البطلان والتسخ والإلغاء والرجوع المقلعة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان المقدم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية ، لأنها دعوى قد تكون تيجتها الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه

(١) وأغلقت النص الحوالة بالأجرة مقدماً كما أغلقتها الفقرة السابقة (١٢٣/٧٤٠) . وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقاري ، فذكرها في المادة ١١ من .

(٢) وقد هيئت المادة الإيضاحية لقانون التسجيل طلة الفقرة بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن بمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يبرز اشتراط تسجيلها حتى يعل بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من نسبتها الجبرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النزع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل طلة أو ذلك النزع من العقود والأحكام يبرر وضع مادتيه مختلفتين .

إذا كان هذا المحرر موجوداً وسبق تسجيله، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المحرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله (١). ونصت هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المحرر، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه. ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتضمنة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى، فجعلت الحق المبنى حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم فحسب.

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه « يجب

---

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التناقد ضمن دعاوى الاستحقاق، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال، و«١١» في أسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها، فإذا كان المحرر الأصل لم يسجل فتسجيل تلك الدعاوى، وكذلك دعوى استحقاق أى حق من الحقوق المبنية على المعارفة يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر. ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل، وقد تكون مبنية على وضع يده أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوي، إذ عموم النص يعم ذلك. لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تنص دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رفعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً، كدعاوى صحة التناقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي، لأنها تزول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رفعها للملكية المقار موضوع الدعوى. ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً، فقد جرى على ذلك المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية المقار أو حق مبنى مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها، فعبارة « من شأنها إنشاء حق الملكية » وضمت للمقتضى مآلاً » ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ ). وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤. واستمر إلى هذه المسألة : أنظر ما يلي فقرة ٢٧٣.

التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضلعا من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجيل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر « . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى الميئنة بالمادة السابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للتصرف والمبادئ السارية وقت اكتسابها (١) » .

٣ - ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعهما عقود الإيجار والمعاملات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصى فى هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصل للتأمين .

---

(١) وبالرجوع إلى التصور والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهى مبادئ التقنين المدفى السابق ، يتبين أن القاعدة هو أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا فى حالات استثنائية إذا كان الغير دائناً مرتباً وهذا رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الرهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ونصت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسعت هذه الحماية للغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلق حقا عينياً على العقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها ( أنظر الأستاذ عبد المنعم البداوى ص ٣٠٢-٣٠٤ ) . وقد وسعت محكمة الاستئناف المختصة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى ، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيحتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتر ثان لا يبرى حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشتري الثانى ( استئناف غنظ ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤م ٥٦ ص ٤٨ ) .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه ولا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن رتب الرهن العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصل . ويتم التأشير بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتين أو الذى حل محل الدائن السابق ، ويشتمل التأشير : أولا - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعهم وعمل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأصل مع غمرته المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل .

**ثانياً - ما يجب القيام به تحريراً الرقعة في المحررات وقيمة الشهر :**  
وقد توخى قانون التسجيل تحري الدقة في المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه « يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم وغمره الحوض وغمر القطع إذا كانت واردة في قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع . ويجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ وغمره تسجيل عقده إذا كان مسجلاً » .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن « المحررات العرفية التي لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقفية . وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات في دفتر المراضى غمراً مسلسلة تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (١) » .

---

(١) لم من تاريخ أخذ المحرر المرة المسلسلة .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه : تسهلاً لمراعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه : يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المهررات العرفية المقلمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة .

فيتلخص إذن مايجب القيام به لتحرى الدقة في المهررات واجبة الشهر في الأمور الآتية : (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له . (٣) التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين .

### ٣٦٠ - ماهاجر قانونه التسجيل من وجوه النقص في نظام الشهر

السابع عليه : وزى مما تقدم أن قانون التسجيل عالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذي وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هي :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فبلغ الناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التقنين للمنفى السابق ، حيث كان الحق العيني ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يفرى بالاكتفاء بهذا الأمر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بموضع ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذي سجل عقده قبل تسجيل المفاوضة ، وقد رأينا أن التقنين للمنفى السابق يقدم المشتري الذي لم يسجل عقده على الموهوب له الذي سجل له .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن

الحقوق العينية ، كالكسبة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة في تحرير العقود واجبة الشهر ، فخطأ بذلك خطوة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توقيفاً للتزوير .

## ٢٦١- ما تركه قانونه التسجيل دوره هبوط من عيوب نظام الشهر

السابق عليه : وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للفرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره التفتين المدنى السابق . وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر في عهد قانون التسجيل هى :

أولاً - بقى نظام الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد

---

(١) فقد جاء في ديباجة هذا القانون : « ويهد الإطلاع على ماقرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام الحال الخاص بالحقوق العينية العقارية » .

قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثانياً - بقی الشهر لاحجية له فى ذاته ، فالىعد يشهر على علاته ، فان كان باطلا ببقى باطلا ، وإن كان لاينقل الحق العينى فهو لاينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقى الشهر جائزاً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفيف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر .

بضاف إلى هذه العيوب الرئيسية عيان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيان هما :

أولاً - لم يستقص قانون التسجيل استقصاء تاماً المحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، فترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ بقی شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والإرث ، وعدم شهرها ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كرسوم زرع الملكية وكأذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شيء من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

ثانياً - لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرق بينهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه في التقنين المدني السابق . وهذا عيب استحدثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تباثرت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخير أن يجمع التسجيل والقيد في نظام واحد ، وأن يلتمش شتات النصوص المتفرقة التي تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه التقنين المدني السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة العقاري وامتياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذي كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

### المرحلة الرابعة - في نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري

٢٦٢ - الظروف المعوقة لضرورة هذا التشريع : نبأنا الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت الميوب التي لم يعالجها قانون التسجيل ، والتي أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جدية تحول دون صراحة الأخذ بنظام السجل العقاري . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلاً في مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا . فعند ما لاحت بارقة في إلغاء هذا النظام ، ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلاً ، ودخلت مصر في مرحلة انتقالية مدتها اثنا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه إلغاء تاماً ، كانت الظروف مواتية للنظر في توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفي أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التي تركها قانون التسجيل دون علاج في نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر في جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدني الجديد في طريقه إلى الصدور وقت ذاك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائي للتقنين الجديد فعلاً ،



لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأَت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التمتين المدنى ، لأنه على كل حال قانون موقت الفرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فصبه حتماً إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصل قانون تنظيم الشهر العقارى - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولاً به ابتداءً من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التمتين المدنى السابق ، وقد تقدم ذكر ذلك .

فتستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والعيوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر .

**٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى :** تناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

**أولاً - توحيد جهات الشهر :** وحد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بإلغاء أقلام التسجيل الملحقة بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن « ينشأ فى المديرية والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها أو بقبولها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين بمرسوم مقرر كل منها ودائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مأموريات يعين بقرار وزارى مقرر كل منها ودائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٢ على أن « ينشأ مكتب رئيسى مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب إدارة مكاتب الشهر العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شہرت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها » .

ونصت المادة ١/٥ على أن « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٤ على أن « تلتى أرقام التسجيل الملحقه بالحاكم الوطنيه والمختلطة والشريعه ، وتجل محلها مكاتب الشهر العقارى . وبحال ما بهذه الأرقام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب » .

**ثانيا - المحررات الواجب شهرها :** وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد جمع القانون فى ذلك بين المحررات التى تخضع فى شهرها لنظام التسجيل وتلك التى تخضع لنظام القيد .

**١ - فالمحررات التى تخضع لنظام التسجيل** استقصاها القانون فى التصرفات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفى واقعة الإرث ، وفى الدعاوى . وقد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فورد النص عاما فى التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة من الجانين كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك فى التصرفات واجبة الشهر الوقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة ، وكان هذان التصرفان لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل فى التصرفات المنشئة أن الحق العيى لا ينتقل بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، أما فى التصرفات الكاشفة فيترتب على عدم التسجيل أن الحق العيى لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على

سبع سنوات والمخالصات والحوالات (١) بالأجرة مقدماً لأكثر من ثلاث سنوات ،  
ونذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النصوص :

نصت المادة ٩ مع قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « جميع التصرفات  
التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره  
أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق  
التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترب على عدم  
التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين  
ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة مع الأثر  
سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » (٢) . ونصت المادة ١٠ على أن  
« جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية

---

(١) وقد رأينا أن كلا من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالأجرة  
إلى جانب المخالصة .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية تليقاً على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من  
قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات استبدال كلمة « التصرفات »  
بكلمة « العقود » لأنها أشمل في مدلولها ، فهي تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأعمال  
القانونية التي تصدر من جانب واحد ، فيقع في حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التي  
تتناول حقوقاً عينية عقارية كتراسيم نزاع الملكية للصفة العامة والإذن الذى تعطيه الحكومة  
في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر عملاً بأحكام اتفاق رقم ٤٨  
لسنة ١٩٢٣ . كذلك حذف من النص عبارة « الصادرة بين الأحياء » حتى يشمل مدلوله  
التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التي تتناول  
حقوقاً عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ  
قضى بتثبيت ملكية المشتري لأطيان من طرح البحر بمقود غير مسجلة في ظل القانونين  
رقى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية  
لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤  
لسنة ١٩٤٦ تشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية  
التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون  
المادة العاشرة من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاصة بطرح البحر وأكمل قد نصت على أن  
يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون سناً له قوة العقد الرسمى وأن يسجل بدون  
رسم ، إذ ليس لمدين القانونين أثر رجعى فلا يبرهان على القرارات السابقة عليهما ( نقض مدنى  
٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤ ) .

الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان عليها أموالاً موروثة (١) . ونصت المادة ١١ على أنه « يجب تسجيل الإجازات والسندات التي ترد على متفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإجازات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالات » .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخصتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه

---

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس في وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يحمل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاصاً للشهر في عهد قانون التسجيل . ولكن الرأى في الفقه والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثة ، لأن القسمة جعلت المال موروثاً مفرزاً بعد أن كان شاملاً (الإعطاء محمد علي إمام بقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) .

هذا وإذا تعارض تصرف منتهى مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأبستية في التسجيل ، لأن كلا التصرفين لا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن لشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر متلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير بعد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، فقضت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أولاً ( نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥ ) .

الحقوق (٢) . ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوثة (٣) . وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التي تتبع في شهر حق الإرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية للدائن التركة للشهر ، فنصت على أنه ويجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتاج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٤) .

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهي جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر واجب

---

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن القانون لا يسبب مبدأ أبولوة العقارات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وتقام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يند منسك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجري على عقار تلقاه بالميراث أي تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأجنبي ، فإنه على الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث . وهذه القواعد هي التي يمتنع الأخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البر ( دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤ ) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف في عقار معين في التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث عن عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث في هذا العقار وحده . ولكن يفترض في هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الوثة ، فلا يستلج الوارث أن يتصرف في العقار إلا بقدر حصته في التركة ( الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤ ) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضي هذا الشهر ، كان للدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهي في يد الوارث . وإذا لم يستلج الدائن أن يؤثر بدينه بحيث يكون تأثيره نافذاً في حق المشتري لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ بدينه على أموال التركة الأخرى التي تبقى في يد الوارث ( الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ ) .

وهذا وتأثير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين التركة مصرف ، إذ يمكن فيه الأمر بتعيين المصنف في السجل المد للكل في المحكمة ( ٢/٨٧٩ م ٩١٤ مدني ) .

الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فمسم النص عما كان عليه في قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والتسخ والإلغاء والوجوع غير مذكورة على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل (١) . فتدخل بذلك الدعوى البولصية ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذي يتعامل مع من تصرف له المدين ، إذ هي دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تقتل دعوى صحة التناقد بل أفردتها بالنص إذ هي في الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلاقى عيب إغفالها في قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحركات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر في حجية تسجيل الدعوى . ففي قانون التسجيل لا يحسم الغير الذي سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائناً مرتباً حسن النية ، أما في قانون الشهر فيحسم صاحب أى حق يعنى حسن النية كالمشتري وصاحب حق الانتفاع ، ولا تنصرف الحماية على الدائن المرتب ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك ( أنظر فقرة ٢٥٩ في الهامش ) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجبة للشهر » بعبارة « الواجبة للتسجيل » الواردة في المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن في المحركات التي نهجر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨ ) .

(٣) ولا تزغ عبارة « دعوى الاستحقاق » على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التي يردها المالك الحقيقي على واهع اليد لاسترداده عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم لصالح الحقيقي يملكه العقار كان هذا الحكم حجة للمشتري من واهع اليد ولو كان حسن النية وسجل منه شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التي يردها المالك على واهع اليد في الأحوال التي يكون فيها تصرف واهع اليد في العقار نافذاً في حق المالك كدعوى الاستحقاق التي يردها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التي يردها البائع بقصد صوري ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقده شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . وإذا باع للمشتري بقصد صوري العقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عقده شرائه قبل تسجيل دعوى الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري الآخر . ( قارب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم الهمروني فقرة ٢٠٣ ص ٢٠٥ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٢٩ ) .

الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو النسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأثير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة انعقاد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأثيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيداً بمجدول المحكمة . ونصت المادة ١٦ على أن « يؤشر بمنطوق الحكم التالى فى الدعاوى المينة بالمادة السابقة فى ذيل التأثير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٧ على أنه « يقرب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأثير بها أن حق المدعى ، إذا نقر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأثير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما (١) » .

## ب - والمحررات التى تخضع لنظام القيم جميعاً قانون الشهر مع المحررات التى تخضع لنظام التسجيل، فتناولتها المرات ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فترة ثالثة على ما يأتى : « ويمنع الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى نشأ إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩١٧ يخففها تصحيحاً لنص ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ ص ١٩٩ هامش رقم ٢ ) . والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بمقد جدى لا بمقد صورى ولا بمقد باطل بطلاناً مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يرتب للمقد الصورى ولا للمقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع مقد جدى ولو كان غير مسجل ( تنص مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٥ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ المحللة ٢٦ رقم ٨٧ ص ٢٣٠ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحللة ٢٦ رقم ١٨٤ ص ٤٢٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحللة ٢٠ رقم ٤٢٢ ص ٩٧٠ - استئناف غنظط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٣٩ ) وقد سلت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٥ ص ٢٠١ - الأستاذ عبد المنعم الهريوى ص ٢٠٢ ص ٢٠١ - ( ٢٠٥ ) .

لنظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الديون المضمونة بتأمين عيني عقارى .

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقارى تبعى ، أى لتأمين هينى عقارى ، وذلك عن طريق القيد . فنصت على أن « جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير » . فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى (٢) . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) . ويدخل في حقوق الامتياز حتى امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره إلا من طريق القيد ، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه في ذمة المشتري . وقد احتاط المشرع ، فيما يتعلق بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان معمولاً بها في الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقوق المقيدة عند البحث ، وحتى يجب تجديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحسك في القيود . فنصت المادة ١/٥٨ على ما يأتى : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (٢) ، أى المدتين أطول . فإذا لم يتم القيد في خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد انقضاءها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٤١٣٠ إلى ٤٧ الإجراءات الواجب اتباعها

---

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاضعاً دون مرور لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « لم تتناول المادة ١٢ شهر التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تتناول نقل هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها فطريق شهرها هو التأشير في حاشي قيدا الأصل » .

(٣) صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بمد المدة المحددة في هذا النص ستة أشهر تنهى في آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .



تقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتجديد القيد ، ولحجوه ، ولإلغاء المحو .  
أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين  
عيني عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل  
حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل  
الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد  
أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

**ثالثاً - إجراءات الشهر :** أما إجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم  
الشهر العقارى فلا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل ،  
بل تزيد . فأوجب القانون في طلب الشهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها  
المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولاً) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ،  
وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه .  
(ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثاً) البيانات  
اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده .  
فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والخوض ورقم القطعة ،  
وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع  
والخارة إن وجد . (رابعاً) موضوع الخمر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار  
الدين إن وجد . (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع الخمر  
يقضى تغييراً في دفاتر التكليف . (سادساً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية  
أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد .  
ويجب أن تشمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني  
وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان  
قد شهر . (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه  
وعلى الأخص اتفاقات الرى والصرف .

وتعبد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبول  
إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير  
على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع الخمر المراد شهره للمأمورية المختصة

ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر الأمور على مشروع المحرور بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر ، بعد توقيمها أو بعد التصديق على توقيعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للأئحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون ( المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى ) .

### ٢٦٤ - وجوه الصموم التي مفقها قانون تنظيم الشهر العقارى:

حقق قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الإصلاح التي هيأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب احصاؤها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى ، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

١ - أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثاً في عهد التقنين المدنى السابق وفي عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر في المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، أئنى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وفي مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك في أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العقارى في مصر .

ويلاحظ في هذه المناسبة أن التقنين المدنى الجديد لم يسبق مع قانون تنظيم الشهر العقارى ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، في مسألتين : إجراءات

الإحصار وإجراءات تصفية التركة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دعوى الإحصار والأمر بتعيين المعنى التركية في مكتب الشهر لاني قلم كتاب المحكمة ، كما هي الحال في التأشير بالديون المادية على التركات وكما هي الحال في شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره في مكاتب الشهر لاني أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد في صعيد واحد ، فأصلح عيماً وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأياً نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقى خاضعاً لنظام التفتين المدنى السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر في إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التفتين المدنى السابق وقانون التسجيل ، في شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التابعة لنظام واحد في الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، في التفتين المدنى السابق وفى قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغي ، وبعضها - وهن الحيازة العقارى وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مرور نظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً ، ففرض للتأمينات العينية العقارية في نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التفتين المدنى ، كان من الطبيعى أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فتمنص على إخضاع جميع الحقوق العينية التابعة لنظام القيد ، ولم يكن معقولاً أن يستثنى منها أى حق . بل إنه زاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل بموالتى كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها في ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك بسر لأصحاب الشأن البحث عما ينقل العقار من تأمينات فلا يذهبون في ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً - استقصى القانون الجديد الثغرات الواجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كذلك التي تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب الموت وهو الوصية ، أخضعهما للشهر بموم النص أولاً ثم بالنص عليها خاصة .

وأضاف إليها الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشارا في نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي أيضاً خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فمراسم زرع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بإحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١).

وإلى جانب ذلك سدد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدماً (٢) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٣) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوق « أشهر العقارى علماً ومعلماً » ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩١٦ م فن ملك يتصرف إدارى صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك ( نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢ ) .

(٢) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقارى ، وذلك قياساً على الحالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٣) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجباً شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ( م ١/٩٤٢ مدني ) ، فلا يبرى في حق الشفع أى دهن رضى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ، ولا أى حق عيبى رتبته أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار ( م ٩٤٧ مدني ) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله ( م ٩٤٤ مدني ) ويؤثر به على هاش تسجيل إعلان الرغبة وعمل هاش تسجيل البيع الأصل إذا كان هذا البيع قد سجل .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحقيقه لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . ففرض إجراءات دقيقة لتحرى عن صحة الخمرات ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في شأن العقود الكاشفة ، وجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - ماضى روه عروج من العيوب : على أن هناك عيبين جوهرين باقيين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته .

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطيع معالجة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لها هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لتفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) .

#### ٢٦ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - مبراه : ونقصر الآن بحثنا على تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة ، وهو الموضوع الذي نعالجه في هذا الجزء من الوسيط . ونطبق أحكام

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : « غير مستطاع إدخال نظام السجلات الحديثة وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ، ومزدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المبادرة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، لتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » (المذكرة الإيضاحية بته ٩) .

التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ،  
فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع  
كسائر التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدتين : (أولاً) عهد التقنين المدنى السابق (ثانياً) عهد  
قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فان أحكام التسجيل بالنسبة إلى  
عقد البيع واحدة فى هذين القانونين .

### أولاً - عهد التقنين المدنى السابق

#### ٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها

بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق ،  
من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما  
بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها  
بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

#### ٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى

التسجيل - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث :  
تنقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بعقد البيع ولو لم يسجل (١) وكذلك تنقل  
الملكية بالبائع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشتري ،  
فلا يستطع دائر البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الطعن

---

(١) استئناف محظوظ ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٦٨ - وفى من البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكاً  
لعقار ، فإذا لم يكن مالكاً له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتضام  
الحسى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدده . وإذا اشترى شخصان من بائعين  
مختلفين ، فالذى اشترى من المالك هو الذى يفضل ولو لم يسجل عقده ( استئناف محظوظ  
٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٥ ) .

في البيع بالدعوى البولصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائنو المشتري التمسك على العقار الذي أصبح ملكاً لمدينهم . وتنقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل في حق ورثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع .

ويتربط على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته ، أن المشتري هو الذي يكون مالكا بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شراؤه (١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا نازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذي يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث (٢) . وكان هناك ، في عهد التتتين المدنى السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء في المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشتري من الموصى له إذا سجل قبل المشتري من الموصى يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصى له . وهذا الرأي قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

---

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية سابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقي ، فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثاني .  
(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الوارث لا يستر شخصية مورثه ( الأستاذ محمد حلمى موسى ، فقرة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات ص ٢٠٥ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المبحورة الرسمية ٣٣ رقم ١٤٢ / ٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المبحورة الرسمية ١٩ رقم ٩٢ ) .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المبحورة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لافيير في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ص ٢١٢ - الأستاذ شلون إيموس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٨ - الأستاذ حوتيه في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٣٤ - الأستاذ =

## ٢٦٩ - انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكونه الا بالتسجيل :

وتبدأ أولاً بتحديد من هو الغير . يخلص من النصوص التي وردت في التقنين المدني السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة :

(١) أن يثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثاني لعقار سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتبن ، إذ ثبت له حق رهن على العقار المبيع في مقابل دينه (١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ، كالموهب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو لم يسجل . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ،

---

= على ذلك الرأي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ونتائج في القانون ص ٢٧ - ص ٤٤ الأستاذان أحمد نجيب الملحال وحامد زكي فقرة ٢٦١ - وأصحاب هذا الرأي لا يذهبون إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكنهم يستنتجون أن أحكام التسجيل كما هي مقررة في التقنين المدني السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالإرث والملكية الأيالة بالإرث تثبيت في حق كل إنسان بنبوت الورثة ، فيفضل المشتري من الوارث إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وهناك رأي ثالث يفضل كذلك المشتري من الوارث الأسبق في التسجيل ، ولكن هذا الرأي يستند في ذلك إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث ، وإلى أن القاعدة التي تقضي بالألوية إلا بعد سداد الديون في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل التركة معلقة حتى الوفاء بديون المورث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولاً عن ديون التركة بنسبة ما آل إليه منها ( الأستاذ أحمد عبد الحفيظ والأستاذ عزيز كحيل المحاماة ٣ عدد ٢ - استئناف مخطوط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦ ) .

أنظر في عرض هذه الآراء النتيجة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل الدائن المرتبن الدائن الذي له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم صاحبه على مشتر من المدين لم يسجل عقد شرائه حتى لو كان عقد ائدين نفسه غير مسجل (استئناف مخطوط ٢٢ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٥) . ويقدم دائن البائع الذي قيد دينه قبل تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشتري (استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٣٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١٨) .



وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فإن المشتري هو الذى يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري فى حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من الغير فيسرى للعقد غير المسجل فى حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فإن المشتري من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشتري الذى سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا وصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فإن المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار ملبياً على صيب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانونى ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقرررة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكتفى لا اعتبار المشتري الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يحز للمشتري الأول أن يحتج عليهما بعقده إذا كان هذا للعقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية (١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على رأى الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سوى النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد

الثاني (١). وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سبيء التبعة لا يكفي علمه بسبق التصرف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (٢).

(١) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ مدني ، وإلى أن المشتري الثاني الذي يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عقار مملوك للغير فيكون عند البيع الصادر إليه سبيءاً معيياً والمادة ٣٤١/٢٧٠ تشترط في الغير أن يكون حقه مبيئاً على سبب صحيح ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بنحينا مع أن القانون البلجيكي اختصر على اشتراط عدم الفسخ ولم يذهب إلى حصة اشتراط حسن التبعة ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد في فرنسا الذي يشترط التواطؤ لأن نص القانون الفرنسي لا يشترط حسن التبعة في المشتري الثاني بل يكفي بأدبيته في تسجيل صفه ، وإلى أن القومسيون الدول الذي عقد في سنة ١٩٠٤ لإدخال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف الأول لا يمكن لاعتباره سبيءاً التبعة ولكن هذا الاقتراح قد رفض ( انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨١ ص ٢٩ - ص ٢١٠ - والثون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون الدول ص ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤ ) .

وانظر من هذا الرأي : دي هلتس ، بيع فقرة ١٢٩ - والثون ص ٢ - ٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٥٦ - استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستئناف ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢١ .

(٢) انظر إلى آسانيه هذا الرأي منقولة في كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبق الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نسبية يصعب التأكد منها فالأخذ بها يزمع الثقة في المعاملات العقارية ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون في ذاته قرينة على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الثاني بتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطئه مع البائع .

وانظر من هذا الرأي كاديمنوس في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ١٠٣ - تسو ص ٦٣ - جرانولان في التأمينات فقرة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١٧٣ - محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المحررة الرسمية ٢ ص ٢١ - استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ - ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢١ ص ٢٥٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥٠٩ .

ولكن هذا الرأي لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربي للمادة ٣٤١/٢٧٠ يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح ختومة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها ، ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي « qui sont de bonne foi » . وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينشئ قطعاً بعلم المشتري الثاني يسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المقدمة الذكر في المشتري الثاني ، لم يسر في حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقي ، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقي وسجل فضل عليه المشتري من المالك الحقيقي ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية (١) . وإذا صدر عقدان متواليان من

---

« وهناك رأى ثالث لا يكتفى بالمع بالتصرف السابق ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصح تسجيل المشتري الثاني إذا تم أولاً مهما كان هذا المشتري الثالث سبب النية ومهما كان متواطئاً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عنده صورياً ، فنهذه لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مخطط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأي ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن في حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصوري (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي ص ٢١٩ حاشي ١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧) .

(١) استئناف مخطط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٢ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقي ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقي ، فالعبرة بالتسجيل في تفضيل أحدهما على الآخر ، من سجل أولاً فضل ولو كان الآخر حسن النية وحاز المقار خمس سنوات ، إذ أن على تطبيق التقادم الخمسي أن يكون الماتز قد اشترى من غير مالك .

مالك واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذى يفضل (١) .

ويتفق فى بعض الأحيان أن مشتري العقار لا يسجل البيع ، ويبيع العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثانى . فإذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل فى هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلو طبقنا القواعد العامة فى التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذى لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » (٢) . ويؤخذ من هذا النص أنه فى الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً (٣) .

---

== ولو باع شخص عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان: كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما إذا صدر البيع الثانى بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثانى صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو حاز المشتري الثانى العقار وهو حسن النية حتى سنوات تملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشتري الأول الذى سجل عقده .

(١) استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٤ ص ٣٥٤ .

(٢) حل أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ - ٧٦٦ من التقنين المدنى السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم فى العقار .

(٣) هالتون ص ٣٤١ - جرائعولان فى التأمينات فقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب- الحلال وحامد زكى فقرة ٢٦٢ ( وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذى أخذ به النص ) .

## ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري

### ٢٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أنه يسجل وحكمه بعد التسجيل :

أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فليس التمييز الجوهري هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، ففي كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذي يبرز في العهد الذي نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

### ١ - حكم البيع قبل أن يسجل

#### ٢٧١ - البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولو فيما

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث :  
لا ينقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس في هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق لا ينقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد ، فقد كان البيع غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويرتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته

---

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بمقتضى قانون التسجيل ، فإنه ينص من غير تسجيل المسخية فيما المتعاقدين ( نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ بمصر ) أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ من ١٩٤٤ هـ ( ١٩٨٤ ) .

على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سئى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراحياً إلى ما بعد حصول التسجيل . وإذن فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يطالب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (١). ويبقى البائع مالكا للمبيع (٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه . وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه ، فلا يجوز لوارث البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه (٣) .

---

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - وانظر تعليقا على الحكم للأستاذ حلمى ججت بولوى في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا زعمت ملكية المبيع لمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، زعمت حل البائع لا حل المشتري ، وانفسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشتري حق في التصويض المطلق البائع من زعم الملكية ( استئناف مخطط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢ ) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس البائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتواخى انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم حل المشتري بتثبيت ملكيته هو المبيع . وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من خلفه في تركته ، فإن حل الوارث أن يقوم للمشتري كورثه بالإجراءات القانونية اللازمة لتسجيل من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المتعاقبة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع . وعلى وجه هذا حل الوارث فلن يقبل منه أن يدعى لنفسه ملك المبيع حل المشتري ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه ( نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضا المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢ ) . ويسرى التزام وريثة البائع في حق دائتهم ( استئناف مخطط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠ ) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن دائن المشتري لا يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري . أما دائن البائع فيستطيع التفتيد على العقار ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع ( أنظر م ٦١٦ مراجعات ) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشتري قبل التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ، فإن التنازع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث . وقد رأينا أن المشتري من المورث ، في عهد التفتين المدنى السابق ، هو الذى يفضل ، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشتري من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فالأمر يختلف . ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية ، وانتقلت إلى وارث البائع ، ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عقد شراؤه . ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل (٣) . غير أنه إذا أشر المشتري من المورث ، باعتباره

---

(١) ويبنى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعى لتسجيل فيما بين المتعاقدين ودانتهنم (نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ بمجموعة م ٢ رقم ١٥٣ ص ٤٩٧) .  
(٢) استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل . فإذا لم يسجل عقد شراؤه ، بقى العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته =

دائماً للتركة ، بدينه طبقاً لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تاريخ شهادة الإرث ، كان له أن يمتنع بحقه كشتري على المشتري من الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فإن له أن يطالب المشتري من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (١) ، فإذا حصل على حكم يطلبه سجله فانتقلت إليه الملكية .

وزي من ذلك أن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث في حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل

== من بعده بالإرث . وإذا لم ياهره وسجل المشتري منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته . أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين وأن شخص الوارث يقاير شخص مورثه فلا محل لإجراه حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنها صادرة من متصرف واحد في حين أنها صادرة من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ، وفقاً لقاعدة الأول من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى ، والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتماقين إلا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري بعهده غير سجل إلا حقوق شخصية قبل البائع له . فكأن البائع يهده غير سجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي يملكها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر إذا لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل لبقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف الوارث نافذاً أو غير نافذ في حق دائي التركة فهو بحث آخر ، ويظل حق الدائنين قائماً في العين في هذا التصرف بما يتوهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام للشرعية الفراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص علا بالمادة ٥٤ من القانون المدف القديم ( نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦٧ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٨١ ص ٥٦٩ - ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٦ ص ١١١٢ - وقارن : نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة ١ رقم ١٣ ص ٢٤ - ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤ ) . وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٠ وفترة ١٧٦ ص ٢٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٨ - الأستاذ جميل للشرقاوي ص ١٨٢ - ١٨٣ - الأستاذ عبد الحميد البدرادي فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣ .

(١) أنظر أيضاً فقرة ١٩٣ في المالح .



المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإرث (١) . فإذا لم يفعل هذا ولا ذلك ، فضل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده ، لأن هذا قد اشترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك ، فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سبباً صحيحاً في التقادم الخمسى ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكا للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمسى يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً للعقار المبيع مدة التقادم الطويل ، انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

## ٢٧٢ - ولكن البيع غير المسجل لا يزال يبرأ فينتج آثاره هما

نقل الملكية بالفعل : على أن البيع لم يصبح ، بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، ويتنوع جميع آثار البيع هذا فنقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل ، ولكن هذا الرأىبقى رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل (٣) . فالبيع غير المسجل

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ - ص ٢٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حوت عكدة الموضوع على ما ثبت لديها من أن المشتري بمقدور معرفة ثابته التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالهبة الطويلة ، واستنتجت بهذا من البحث في أمر تسجيل الاختصاص الذي أخذ ضد المورث والمفاضلة بينه وبين المقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا تخالفه لقانون في ذلك : لأن واضح اليه المدة الطويلة مع العقد المرقن الثابت التاريخ بفصل قانوناً على صاحب التسجيل ( نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة هر ١ رقم ١٣ ص ٢٤ ) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد قولين الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعائدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مقرب =

ينتج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري (١) وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف

= على مجرد المقدم بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لمقدم البيع معناه وبأن آثاره ( نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠ ) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التفتين المدني العراقي - شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابور ، وأن المقدم غير المسجل في دائرة الطابور ليس يبيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية ( أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في الهامش ) .

(١) ويترتب على أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتي : ( أ ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه ملتزم بنقل الملكية ومن كان ملتزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب بها ( أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش ) . ( ب ) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائناً للبائع بنقل الملكية ، أن يحول حقه هذا لغيره له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع ( نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤ ) . ( ج ) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل المقدم قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . فإذا لم يدفع المشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبة بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التفتين المدني السابق قبل قانون التسجيل ( استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعده أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التفتين المدني السابق ، نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراعياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخر - فلا تزال قائمة لم يفسخها قانون التسجيل ، فالبائع يبقى ملتزماً بموجب المقدم بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملتزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب ==

القانونى للبيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ويصلح أن يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمس قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فتبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى فى جانب البائع وفى جانب المشتري . (٣) وترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

## ١٥٨ - البيع غير المسجل ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقل

الملكية - كيف ينظر هذا الالتزام : قلنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكنه ينشئ التزاماً فى جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لا بد أن يكون مقرأً بصدر البيع منه وإن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري

== بينهما على التعاقب بمجرد انعقاد البيع (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقضت أيضاً بأن عقد البيع ، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة عادية . فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به ، واضطرت العين المبيعة أو زعمت ملكيتها بسبب ترتيب حق حصر عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقاً لما نقض به المادتان ٣٠٠ و ٣٠١ من القانون المدنى ( السابق ) . ولا يسقط حق الضمان من البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا ترتب عليه سقوط حق الضمان ، وإذن فالمحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزاع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله فى تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخصى من نزاع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه ( نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة محر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ ورسائل الأحكام للشار إليها فى هذا المعنى فى المحلثة قبل السابقة - وكان هذا رأى قد استقر فى القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر فى دورتها المختصة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ص ٢٩٩ ) .

أن يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذى فى ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية ، وانتقلت للملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل . وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن اللهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إتمامه ، أو أدخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو وراثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه حيناً ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعوى ابتكرها العمل وإقرها القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد : هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد »

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفويًا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون سالحة لتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة عادية وامتنع البائع من كتابته على الفلوج المطروح الخصص لتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع من تقديم المستندات والشهادات اللازمة لتسجيل ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٨ ص ٢٠٣ ) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المخطئ من القضاء الوطنى في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فن أحكام محكمة الاستئناف المخطئة في هذا المنحى : استئناف مخطئ ١٠ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

وتقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانونى الآتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً بتكليف المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه مبدئياً وتسحب طبيعته أن يقوم حكم القضاى مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدنى على أنه « فى الالتزام بسل يقوم حكم القضاى مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً حينياً فى هذه :

منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . سواء كان البائع منكرًا للبيع أو معترفاً به ، فهو ما دام ممنعاً عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استطاع المشتري إجباره على ذلك ، بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته وتفاذه (action en réalisation, en constatation, de la vente) . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشتري سنداً يفتيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفي المصدق فيه على التوقيع ، وهو في الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافذاً . فيجوز إذن

== بيع صحيح نافذ . ويتوقف على ذلك أنه إذا كان التنفيذ العملي غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع ينقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن حتماً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد ( الأستاذ عمدة على إمام فقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ - الأستاذ عبد المنعم للبدراوى فقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جيل الشراوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣ ) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا ثبت من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يحمي المشتري في نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يمتنع به في مواجهته رغم صدور الحكم لمصلحته ، كمشتر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصحح عدم الفائدة ( نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ ) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا انتفىح أن التدخل فيها هو المالك الحقيقي للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يحميه أن يصدر حكم بصحة تعاقدته ( نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ وقد سبق الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠ ) . وما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست في حقيقتها إلا مطالبة المشتري البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً حيناً أن هذه الدعوى لا يرضها البائع على المشتري ، وإنما يرضها المشتري على البائع . أما الدعوى التي يرضها البائع على المشتري فهي دعوى المطالبة ببيع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب في ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً في ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمتنع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته .

للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (١) ، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) .

(١) وذلك بشرط أن يرفق المشتري بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع ( ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤ ) .

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد للتهرب من إثبات ملكية المصروف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تتصرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأفلام الزهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فننقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يغيب المدعى عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي المحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تمكين أي شخص من التصرف . . . وقد ظن المشرع ( قانون تنظيم الشهر العقاري ) منعا قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع . . . وقد كانت الأسباب التي مردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فلم نجد هذه الدعاوى من المهرات الواجب شهرها ، فاستعج ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها » ( الشهر العقاري علما وعلا ص ١٩١ - ص ١٩٣ ) . ويقول الأستاذ محمد أبوشادي : « وإذا تاملنا على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة الصادر ضد الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بمؤال الملاك السابقين والمجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق ويحرم على ورق التسجيل المتسرع ويوضع به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الإقرار من الصادر لصالح الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله ( شهر الحقوق العقارية ص ١٢٢ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري أن يطلب تنفيذ ماتمته به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم له . يصدر له بما طلب ، والذي يمل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل . فإذا ماتمت هذه الإجراءات أصبح مالكا قانوناً للعقار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته ( نقض ملف ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة محر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤ ) - والذي يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة إلى تسجيل العقد منه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومنه العقد باعتباره من ملحقات الحكم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١ ) ، وهذا بخلاف =

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشتري تحت رحمة أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيها جرى عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى

== دعوى صحة التوقيع ففنها يسجل العقد وهو الأصل وسه الحكم باعتبارها من ملحقاته .

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى البنية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه كالدعوى الشخصية (م ٥٦٦ / مرافعات - استئناف غنط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) .

(١) ويستطيع المشتري إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطلب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضا أن يكون للمشتري - إذا ما عشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة : إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .

(٢) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتر آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تتقدم حجيته إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشجر) . كذلك لا يحتج على المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد حوري ، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلا (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣) ، أو كان عقد شفا في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤) .

ويجوز للمشتري أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، متى لو كان عقد البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ١١١) .

استحقاق مالا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل (٢) . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً لذلك ، وللغرض ، فنص صراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه : يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٣) . ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نفى مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٢ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٥٩ ص ١٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٧٣ ص ١٨٧

(٣) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيداً بجدول المحكمة (١٥٠ قانون الشهر) ، ولا يكتفي التأثير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نفى مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النفق ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والعبرة في تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي بما ورد من ذلك في العقد الذي يثبت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد (نفى مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٢) .

عل أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينتقل الملكية قبل التأثير بالحكم الصادر فيها (نفى مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النفق ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) . ولما كانت محكمة النفق لا تأخذ بالأثر الرجعي لتسجيل ، فقد ثبتت على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينتقل الملكية فيما يأتي : (١) رفض دعوى شفعة رفضاً مشتملاً لم يسجل عقد مشتراء العقار المشرع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفق ٣ رقم ٣٢ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق ٩ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (ج) في سداد الفاضلة بين أي المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تعود عليه شفعة أكثر ، يخط اعتبار الشفع مالاً كالبزء من الأبطال التي يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فالتحجب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مقصور على حماية رافع الدعوى من المخوف التي تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢١٢ - الإعادة محمد كامل مرسى شهر التصرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٢٠) .



٢١/١٧ وأن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الفرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فإنه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك . فيجوز له إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو بطلانه لاعتداء التراضى أو لاستحالة المثل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (٢) . ويجوز له أن يرفع دعوى فرعية بإبطال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص فى الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقيق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٣) . ويجوز له أخيراً

(١) لذلك يقع حل المشتري عبـ إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفاً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينـة أو بالقرائن إلا إذا كان الثمن لا يزيده حل عشر جنيهات . والغالب أن يقدم المشتري ورقة هرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فيتسـع المجال عندئذٍ للبائع أن يظن فى هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن دكن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانفساده ، وما يحرمه قاضى الموضوع من هذا التثبت فى دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم ينفـل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها فى الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية جهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع ثم على أسـله ، فإنه يكون مشوباً بأسباب معينة تنقصه ( نقض على ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ بمجموعة صـ ٥ رقم ٤٢ ص ١١٢ ) .

(٣) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يتم المشتري بالتزامه من دفع الثمن ورض مع ذلك حل البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن فيتعرف من تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً لقواعد المقررة فى الدفع بعدم التنفيذ ( نقض على ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام لـ نقض رقم ٢ ص ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام لـ نقض رقم ٨ ص ٤٧ ص ٤٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام لـ نقض رقم ٨ ص ٨٧ ص ٧٨٩ - الاستاذ عبد القناع عبد القادر فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩ ص ١٠٩ ) .

## أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته (١) .

== ومن أسباب إبطال البيع صدور من مجبور عليه دون أن تلحقه الإجازة ، فلا بد أن تثبت المحكمة ما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجزأ أو بقى دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تملك المشتري رافع دعوى صحة التعاقد ونفاذه بأن ورقة البائع المجهور عليه قد أجازوا البيع بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلا يمرض الحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى بشأنه على أن المجهور عليه كان قد توفي في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاصر التسيب متعيناً نقضه ( نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥ ) .

(١) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويمكن دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ . كذلك يمكن الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيستعين عندئذ على المحكمة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بفسخ البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته لقي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توسلاً لا انتقال الملكية ، فهي يحكم هذا الأساس وتلك الطليات تستلزم قانوناً من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الامتناع . وإذا كان من الأملات الفرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف بالتزامه ، فإن هذا يستلزم النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتحتم أن يعرض لها القاضي لفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مفيداً بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، إذ استحال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، ( نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤ ) .

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفضه للدعوى إجازة لفقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويسعى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦ ) . فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع للدعوى بأن البائع ليس هو للمالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية ==

وتتقدم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،  
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها  
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام  
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع  
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

= في الدعوى ذاتها ( نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧  
ص ١٠٤٦ ) . وإذا تملك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقدم  
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد ( نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة  
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١ ) . وإذا تملك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكيته  
هو للعقار المبيع ، تبين على المحكمة المنظر أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة  
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع ( نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥  
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤ ) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له  
عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري ضعيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة  
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية ( نقض مدني ١٧ ديسمبر  
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ ) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري العقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقدم  
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنتقض منذ تسلّم المشتري  
العقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقدم وذلك  
بالرغم من تسلّم المشتري للعقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للعقار قاطعاً لمدة التقدم  
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم العقار قبل انقضاء خمس  
عشرة من وقت صدور البيع ( انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشرح العقاري علماً  
ومعاً ص ٢٥٥ ) .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك  
لا يجوز لدائن تركة البائع أن يتسكروا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل  
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه المادى أن يدعى في مواجهة المشتري أى حق  
على العقار المبيع يتناقض مع تمهده البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار  
أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له  
على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ ( نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة  
عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩ ) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أنفرت المبيع ( نقض مدني  
٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩ ) .

لوارث المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي قلعتاه (١) .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل ، فللمشتري أن يدفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع البائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٥ ص ٣٠٦ وقد سبق الإشارة إليه . وقضت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لمقار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثهم لا يحيل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى التي يقصد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصة الميراثية ، وذلك ما لم يكن على العقد غير قابل للتجزئة لحيث أو لفهم قصد المتعاقدين ( نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٣ ص ٣٩٤ ) . ولكن يبدو أن البائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل الثمن من التركة . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه يجوز تفريق دعوى عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعت أرض متصلتين الواحدة عن الأخرى بعقده بيع واحد ، وتهد بوفاء دين قطعة مما يتبق من ثمن الثانية ، وانقضت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتي الأرض لغير السواء المشتري واحد يكل من باقى من أحدهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية لتجزئة ( نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ ) .

هذا ويجوز لدائن المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أهلك هذا في رفضها ( الأستاذ عبد النعم البدوي فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠ ) .

(٢) نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد النعم البدوي فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١ . وقضت محكمة النقض بأن المشتري من شتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يصانده منه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله - هو أن يطلب من التمتع على عقد بيع صالح للتسجيل من اشترى منه ( نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠ ) - وإذا رفع المشتري اندعوى على كل من البائع والبائع البائع ، فصل في هذه الدعوى في صحة العقد ، العقد الصادر من بائع البائع البائع والعقد الصادر من البائع المشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بائه تنقل إلى المشتري منه ( نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٢٠١ ) .

## ٢٧٥ - دعوى صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في بده

ورقة عريفة بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقنع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل شأنًا ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العريفة هي بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسب إلى سواء ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يمارس في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسب إلى سواء ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رتبها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة ( أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات ) . ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العريفة هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجلها معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

---

(١) مع ملاحظة أن يرفع المشتري هذه الدعين بالسندين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وقد جرى المتعاملون على دفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تحصل هذه الدعوى للإنتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عريفة يبيع فيها أحدهما للآخر متفاهراً علوكاً قليل ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة توقيعه لو ينيب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع من بين الدعوى التي تسجل صحائفها ، = ( ٢٢ م - الوسيط ج ٤ )

ولما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فإنه لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قدمنا . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يظن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلا لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

== ويقول الدكتور محمد شوق في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن مررناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور لدى فيها تعديل طلبه إلى صحة التصقة الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » ( الشهر العقاري علما وعلا ص ١٩٣ ) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (١٥٠) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعاوى صحة التوقيع » . أنظر أيضا الأستاذ محمد حل إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومما يمكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدمنا . ولا يوجد في التواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها ، ويعارض مكتب الشهر في تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سبل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئا ، بل لإدراجها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل ( نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وانظر أيضا : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ ) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة الشافق حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل ( نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٢٣ - وانظر أيضا استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٧٠ ) .

(١) قانون محكمة استئناف أسوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٩٥ ( حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يفتضا البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن للمعتق ) .

بجها يكون في دعوى صحة التوقيع كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة المذكور في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بفساد الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبهه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المقتضى تحقيقها . (٣) خطه أو امضاءه أو بصمة أصبهه الذي يكتبه أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابته ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزمه من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لوارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قدمناه .

---

(١) نفس مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجوعة أحكام النقص ٢ رقم ١٢٦ ص ٨٤٩ -  
١٢ مارس سنة ١٩٥٢ مجوعة أحكام النقص رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) .

وبخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع فتلخص فيها يأتي :

(١) المطلوب في دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب في دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع العرفية هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع في دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يظن في البيع بالبطان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو عدم النفاذ لأى سبب ، ولا يستطيع ذلك في دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع في مأمّن من أن يظن فيه فيما بعد بالطعون المتقدم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن في البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بحقيقتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشربه المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ في حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل بحقيقتها ، وإذا سجلت فليس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع . والعبارة فيها بصدور

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٤ .



حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده مصحوباً بالحكم (١) . فإذا تصرف البائع لمشتري

(١) وقد قضت النقض في عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد ، فتتناول محله ومداه ونفاذه . والحكم الذى يصدر فيها يكون مقررأ لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين . بغير حاجة منه إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبتت فيها التعاقد أولاً . وهي بماهيتها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وتدخل ضمن الدعاوى الواردة ذكرها في المادة السابقة من قانون التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهي دعوى تحفظية شرعت لتطمين من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطيع ، بعد صدور الحكم بصحة توقيعه ، أن يثأزع في صحته . وهي ، بالفرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يمنع على القاضي فيها أن يتعرض للتصرف اللدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقفه وتقرر الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع للموقع به هل الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملصقات الملزمة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مستوفياً للبيانات المطلوبة في المادة الثانية من قانون التسجيل ، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا يمدو أثره الأثر لتسجيل العقد للرق المصدق من أحد الموثقين أو المأمورين العموميين طبقاً للقاعدة السادسة من قانون التسجيل على الإضافات الموقع بها عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أفضلية إلا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له أثر رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذن فدعوى صحة التوقيع ، وعنده ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابعة المذكورة ، وبالتالي فتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل مرائض تلقى الدعاوى ( نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ ) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هي التي تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرائضها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلانيته وتأثر بهذا الحكم وفقاً لقانون ، فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مفضلاً على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تمدو أن تكون دعوى تحفظية الفرهي منها تطمين من يكون بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن يثأزع في التوقيع . وهي بهذا الفرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها يمنع على القاضي فيها أن يتعرض لتصرف اللدون في السند من جهة صحته وعدم صحته ، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع فقط ، ولذلك فهي لا تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر . والنات في تكوين الدعوى هل هي تدخل في دعاوى الاستحقاق مآلاً أم هي إجراء تحفظي تحت هو مجموع المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على تشخيص غرض المدعي من دعواه . فإذا كانت الدعوى هي

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) ، وسجل المشتري الآخر عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذي يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المزية الأخيرة في دعوى صحة التعاقد ، وهي إمكان الاحتجاج

---

= رفضا المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت رفضها في صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفي أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثاني ، وفصلت المحكمة في الدعوى بأن فضلت بين هذين للتسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرى إليه المشتري الثاني من تدخله في الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم في مخطوطة بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه في الظروف والملازمات التي صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقي من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المثلوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير في هذه الحقيقة ، إذ البرة هي بما رى إليه المحكوم في دعواهم وبالطريق الذي سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سنداً قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تملو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فهي وتلك طبيعتها دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية التي نعت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوجدة الأساس للقانون لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التي تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما في جعل الحكم الصادر فيهما أداة سالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما في أثر استثنائي منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكناً في عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض في الحكم الملخص في الحاشية السابقة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ تقول المحكمة في صدر تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل « أثر رجعي مبتدى من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع » .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع العقار إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى الفسخ التي رفضها على المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد سبق إلى التسجيل لا يمنع عليه بالحكم الصادر في دعوى الفسخ ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثاني عقده (نقض مدني ١ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة - ر ٤ رقم ١٤٧ ص ٣٠٧) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزية أن الحكم بصحة التعاقد يضمن جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من بصر في الإثبات وتجنب للدفع التي رأيناها في دعوى صحة التعاقد ، وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع (٢) أقل من الرسم النسبي على دعوى صحة التعاقد .

### ٢٧٦ - البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى

في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية ينشئ البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري . فينشئ في جانب البائع التزاماً بتسليم المبيع وبضمان التمريض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل ، بتسليم المبيع إلى المشتري . ويجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع . وإذا سلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٢) . ذلك أن تبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما سنرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلاً فانتقلت الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشتري مالكا .

---

(١) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الكبر للمفاري فقد قلنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المهرات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ( انظر أيضاً نفس هذه الفقرة في الخانية ) .

(٢) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو حصة جنجيات في القضايا الكلية وجنجان في القضايا الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ٢٢٧ ص ٢٥١ .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق ، كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يمتنع بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل : العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنبحثه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

---

(١) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ . ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالنسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموماً عليه أن يبيع حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه خمس عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فإنه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع وأضام يده على العقار للمبيع والبيع لم يسجل . ولا يمتنع على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يتسلط بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر تملكاً له - فيما نرى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بمقتضى غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته في العقار المبيع نفسه من يتنازع فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب ضمان الذي يتولاه من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً ( نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٧٧٦ )

والتراماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ مكل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

**٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً :** وإلى جانب الالتزامات التى ينشأها البيع فى جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه عقد بيع ترتب عايه آثار معينة . من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التفتين المدنى الجديد ، وأن البيع الصادر من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جميعاً ، كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل لا يعتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالباع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفعى يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ، فإذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشتري إلى الشفعى ( م ٩٤٠ - ٩٤١ مدنى ) ، وجب على الشفعى إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى ( م ٩٤٠ مدنى ) . ولو كان هذا البيع لم يسجل . وكذلك يجب على الشفعى ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقبدها بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المختصة ، فى عهد قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم ينسخ المبادئ القانونية العامة ولا شيئاً من أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن تعاقبه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لا فى ذلك من الضرر على المشتري الذى بظل زمناً مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نفى مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٢ - ٢٠ نوفمبر

سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٦ ص ١٠٤٩ .

(٢) من التفتين المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

حق الشفع بسكوته مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التقنين المدني الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي (٣) . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، يعتد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمي بالبيع في التقنين المدني الجديد .

(٢) استئناف مصر للدوائر المحترمة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ -  
المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥  
مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨  
ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس  
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مخطوط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م  
٤١ ص ١٩٦ .

وفي من البيان أنه إذا وجد نص يحمل المبدأ يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ( م ٩٤٨ مدني ) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

وبما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون يماً بهذا الوصف في الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرتبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من اشترى الثاني وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أي من المشتري الأول أو المشتري الثاني عقد . فالعبرة في الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، لهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذي يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس للشفع أن يعترض بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخ البيع الثاني ولو لم يسجل البيتان ( انظر المادة ٩٣٨ مدني ونقول : إذا اشترى شخص عقاراً بجزء الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تمن أية رتبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرتبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها ) .

هذا وإذا كان غير ضروري أن يسجل بيع العقار المنفرد فيه للأخذ بالشفعة ، فن الضروري تسجيل بيع العقار المنفرد به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقد المنفرد به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسنرى فيما بعد — انظر فقرة ٢٨٤ — أن الشفع إذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنده قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعي لتسجيل يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والنقطة لا يأخذان بتأثير الرجعي لتسجيل على ما سبقته ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة صاهلاً لا يجوز في هذه الحالة ( انظر الأستاذ عبد المنعم القيراي فقرة ٢٤٠ ) .

(٣) قارن استئناف مخطوط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الخمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) . ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في التقادم الخمسى ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة محر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . وتقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى ، اعتباراً بأن المالك الحقيقى لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المفهوم لهذا النص في باب تسجيل العقود المتألفة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والقبول وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه وكن ضرورى في وجودها للقانون ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقد ، ولذلك لم يبلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواده خاصاً بفك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الخفي عانداً لو اضع اليد ولا غيراً من لهم حقوق عينية على العقار الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حبه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انزعاع العين منه ووضع اليد عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ من الإعفاء إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل . » انظر عكس ذلك : استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الخسامة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف محتاط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ - ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ . وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذا الحل حتى يمكن لتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى ( مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٤٩٨ ) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت بالنص على خلاف اقناعات العامة لرواد بقرى سين ( انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٢ ص ٢٧٧ ) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد قدما عند الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، قبل أن يسجل وبعد التسجيل . فالبيع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ، فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأخذ حكم هذا البيع وهو القابلية للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

## ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل :  
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

---

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات على عقوبة النصب لكل من توصل إلى الاستيلاء على نقود إلخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس لمالكه ولا له حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له وسجل البيع ، ثم باعه مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيسكون البائع قد تصرف بالبائع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن ملكيته بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن البائع يكون قد تصرف في عقار مملوك له ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أودع البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا نصاً بطرق احتيالية وكان المني عليه فيه هو المشتري الثاني ( أنظر في كل ذلك نقض جنتا ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ بمجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ - ٢٦٧ ص ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١٦٠ ص ٢٠٩ ) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري لأول مقده ، اعتبر متصرفاً فيما لا يملك ، وكان هذا نصاً المني عليه فيه هو المشتري الثاني ( نقض جنتا ١٥ مارس سنة ١٩١٨ بمجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٢٧ ص ١٥ ) . أنظر أيضاً الأستاذ عبد النعم اليهودي فقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .



التي نقصنا أهمها فيها قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع :

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منشأً لالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يطالب المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، ويصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيها قدمناه . ويبع ملك الغير يبقى قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

## ٢٧٩ - ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية لعدم قيامين المتعاقدين

وبالنسبة للمع الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فلا من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار وقت البيع مملوكاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وننتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود انقضاء البيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تقرب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم تصحح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التزامات على تصحيح حدود العقار المبيع ورقي هو تعديل المبيع في بيوهره ، حكمه حكم العقد الأصل نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتقرب عنه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يسحب تسجيل عقد البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويجعل أساس الأسبقية في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون خطأ في تطبيق القانون ( نفس مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ ص ٧١٢ )

(٢) وكنتك الخلف العام والمعلن إذا لم يسجل تنبيه زرع الملكية قبل تسجيل المشتري بيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر د رقم ١٤٥ ص ٩٣٦) .

(٣) وقد لا تنشر لأول وهلة أهمية عملية من تعهد الغير ، مادام لا يوجد عمل لتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين والتسجيل >

وبعد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين الملقى السابق فيما قلتمناه

ويرتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى ترتب على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل التسجيل (١). (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغليصة المشتري باعتباره قد أصبح مالكا له ، دون أن يزاوجه فيه دائنو البائع . أما تعمل تبعة هلاك المبيع فقد قدمنا أنها تنتقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لامع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويرتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذى تأخر عنه فى التسجيل . وينبئ على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتري بسجل ، وباع المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية لا تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتسيير ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما إلى هذه المسألة

(١) أنظر آتياً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر فى كل ذلك آتياً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض جدلاً أن المشتري الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه فى الواقع لا يستطيع . إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له ( أى المشتري الأول ) مسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا السند تنص المادة ٢٣ من قانون الشهر على أنه « لا يقبل من المهررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المهررات التى سبق شهرها ... » .

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكاً للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذى سجل عقده أولاً . وكان الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق يختلف ، فقد كانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه : فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثانى الذى سجل أولاً تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذى سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثانى (١).

يبقى بعد ذلك أن نبحث : أولاً - فى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقل من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعى من وقت البيع ؟ ثانياً - فى انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

## ٢٨٠ - أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعى : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فإذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هى تنتقل من وقت التسجيل ، أو يستند انتقائها بأثر رجعى إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لا تنقلها أثر رجعى يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

---

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فترة ٢٧٥ ص ٢٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فترة ٢٢٣ - الأستاذ منصور معطن منصور ص ١٢٨ عاش ١ .

## ٢٨١ - الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - لمعى للفسيل

**أمر رجعى :** يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، إلى نصوص القانون وإلى الفرض الذى توخاه المشرع من نظام التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لأنها بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيى عقارى آخر أو نقله .. يجب إشارها بواسطة تسجيلها .. . » . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله .. يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية . وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً ، فلا تجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقيرة ٢٧٠ - فقيرة ٢٧٢ - الأستاذان أنور سلطان فقيرة ١٨٦ - الأستاذ محمد على إمام فقيرة ١٦٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقيرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقيرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقيرة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المواطن ، أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق حينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً فيها يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعى في خصوص الدعاوى .

ثانياً - ومما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة ( التاسعة ) فهما مطابقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى ( قانون التسجيل ) . ولم ير إجراء أى تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تسجيل ققرة ٤ .

التقص والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق المعنية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفرد ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق المعنى في تراخي هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقررأ في التتبعين المدف السابق . فقد قصد المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، يوطئداً لدعائم الملكية العقارية يجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلاية ، وقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى في مصر . ولوقلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لانتمت أمام المشتري أسباب التراخي في تسجيل عقده ، ما دام موقفاً أنه مهما أبطأ في هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، ليستوى عنده إذ أن يسرع في التسجيل أو أن يعطيه ما دامت النتيجة واحدة في الحالتين .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ - وتسمى المذكرة الإيضاحية في نفس الفقرة فتقول : « في هذه البيع مثلا لمشتري العقار الحق في تسلمه وفي الحصول على ربه وتمراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك هذا المشتري الحق في مطالبة البائع بتطبيق التزامه بنقل الملكية تنظيماً مهياً ، فلا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل » .

رابعاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شذوذ أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجعي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك .

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيني ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكا إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بمقار اشتراء مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى المقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن ما نقول به الطاعنة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيني لا تنتقل الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فإن حقيقة ماري إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيني لو وقع يكون له أثر رجعي يجعل التصرف ناقلا للملكية من يوم تاريخه العرفي أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية للمتعاقدين عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني ( القديم ) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب محكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التي لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تتكشف بها هذه المحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يقضه المقرئ لعين قبل تسجيل عقد شرائه إياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عيناً في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ما هو في ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى الماضي على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني ( القديم ) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والمقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن هذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يتغى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يرم اشتراكها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي :  
« وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني ( القديم ) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن المتعاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فتقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو القرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

---

(١) تلخيص مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة محر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ .



في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين ، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التمهيدات والمقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جمعياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه متنافاً لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صابراً رادعاً ليحمل المتعاطين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نفى مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة محر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر مطلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التطبيق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفع لأرض المشفوع فيها من حدين ( القبل والشرق مثلاً ) ، بمقولة أن تسجيل الشفع مقدّم ثرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يترتب أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ ( نفى مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ ) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن الأصل أن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق مئتي آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يصح على ذلك بالمواد ١٠٧ و ١٢٠ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأثير بملغ الحكم انسحاب أثر التأثير إلى تاريخ تسجيل الصحيفة ، فأما أجازته على سبيل الاستثناء حاية لأصحاب تلك الدعوى قبل من قرئت فلم حقوق حينه على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو قياس عليه . وإذن فإذا كان الحكم ، وهو في سدد المناقشة بين أي المالكين أرض الشفع أو أرض المشتري تعود به

## ٢٨٢ - الرأى المعارض - للفصيل ارجعى فيما بين المتعاقدين

- ملاحظات صبرية : ونحن نؤثر الرأى المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية (١) .

ونقدم قبل إيراد المصحب التى نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى - لاشك فى أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبدئى ألا يسرى هذا التصرف فى حق الناس ممن بينهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت التمكن من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استناد خاطئ . وقد كانت محكمة النقض - رقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

---

= عليه منفة أكثر ، أسقط اختيار الشفع مالمأ جزء من الألمان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصفة التناقد ضما لاحق لعقد المشتري الذى قوله عنه حق الشفعة ، فانه لم يخلو فى تطبيق القانون ( نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الرقعية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ المجلد القضاية ٦٩ ص ١٨ ) .

(١) وقد أدرنا إلى تأييدنا لهذا الرأى فى كتابنا عقد الإيجار فقرة ٤٨٠ . ولول من قال بهذا الرأى الأستاذ عبد السلام فعلى ( الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقالته فى المصاحمة ٦ ص ٦٠٦ - ٦٠٧ ) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، وتبرأه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نقل لا عدم انتقال .

شرطه ومع وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جملياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعي وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعي ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استعاضة من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل ، وفي مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفي هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأملّة القول فيها بالأثر الرجعي هو أكثر استعاضة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأملّة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

### ٢٨٣ - القول بالأثر الرجعي أكثر استعاضة من ناحية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استعاضة من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع وغاؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع وغاؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه في تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

---

(١) أنظر في أن الشرط أمر خارجي ، وفي أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى قلبة المحصلة المتعاقدين ، ولو أنها كانتا حته الصالحه يصرغان مآل الشرط لما حلقا العقد عليه وبجلاء مفاداً بسيطاً متجزأ الوسط جز ٢٠ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ص ٦٥ .

ملحقاته ، والنمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .  
وفي هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحتمله طبيعة الملحقات .  
فلملحقات الشيء ليست جزءاً منه يتولد عنه كالفنم والنماء ، بل هو شيء مستقل  
عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٢٣٢ مدني  
ملحقات المبيع على الوجه الآتي : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل  
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء  
وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ،  
على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،  
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو في الوقت ذاته لا يفسر كيف  
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا  
لادخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية  
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،  
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون  
عليه تكاليفه . وهذا التأصيل يقتضي القول بالأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا  
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام  
العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تنتج بالضرورة ملكية انتفاع الذي يظنها ، كما  
هو الأمر في عقد الإيجار فإن المستأجر يملك الثمار دون العين ذاتها ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي  
فقرة ٩٩ ص ١٥٩ ) . ذلك أن الثمار في عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها  
بالأثار التملكها ، بخلاف ثمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري  
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن  
الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود  
التراضي ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية المشتري ، كما يترتب  
المشتري ملزماً بإدائه الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بينهما على انتقال المبيع  
حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه ، أن يدعي  
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من ضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه . ومنقضى  
ذلك أن يكون البائع ملزماً المشتري بتسليم المبيع وبذلك إن لم يتم بشفهها فالحكم الذي لا يخلو  
المشتري الحق في دفع ثمنه المبيع من اليد السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون سكا خاطفاً  
محمياً لنفسه ( نفس مدني ١ يولي سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمراً رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ ) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه، فن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل باعتباره قد تصرف فيما لا يملك، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف. ومن يقر الأثر الرجعي باعتباره قد تصرف فيما يملك، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف. والرأى الثاني يصل في نتيجة العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول، وهو أكثر استساعة من الناحية القانونية. وبين ذلك في الفرض الآتي: اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه. وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١). وفي ٣٠ يناير سجل أ عقد شرائه. فعلينا في هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي والرأى الذي يقر هذا الأثر. فعلى الرأى الأول يكون أ باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه. ولما سجله في ٣٠ يناير: أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي. ولكنه، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذي باعه قبل أن يملكه، يكون قد صحح البيع الذي صدر منه، فأصبح ب مالكا للعقار، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذي أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب. وعلى الرأى الثاني الذي يقر الأثر الرجعي، يكون التسجيل عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه. فعلى الرأىين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثاني. ولكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذي ينكر الأثر الرجعي، وتنتقل

(١) كان ب يشتكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل عقده. ثم صدر قرار وزاري في ٢٩ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأصلية السابقة التي تكون مزرعة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتي تكون واجبة التسجيل وفقا لأحكام قانون التسجيل. وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤكداً لهذا الحكم، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه لا يقبل من المهرات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقا لأحكام المادة السابقة إلا: (١) المهرات التي سبق شهرها. (٢) المهرات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ثم قبل العمل بأحكام هذا القانون. (٣) المهرات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان فوق. (٤) المهرات التي تحصل تاريخاً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في مهرات تم شهرها أو نقل التكاليف. مقتضاهما لمن صحت لصلحه.

في ١٥ يناير أي في اليوم نفسه الذي صدر فيه البيع إلى ب بحسب الرأي الذي يقر  
الأثر الرجعي (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء في الأرض المباعة قبل أن يسجل المشتري عقد  
شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فإذا أنكرنا الأثر الرجعي ولم تنتقل الملكية  
إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بانياً في أرض يملكها وقت  
أن بني . وإذا قلنا بالأثر الرجعي وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع ،  
كان البائع بانياً في أرض لا يملكها فيعامل معاملة الباني بسوء نية في أرض غيره .  
وهذا الحل الثاني هو الذي اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء  
مع ذلك لم يؤسس على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل وكان تأسيسه على هذه  
الفكرة أكثر استعانة من الناحية القانونية . فقد قالت محكمة استئناف مصر :  
« إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه  
أقامه في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل  
تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقي الالتزامات الأخرى الناشئة من  
البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات  
شخصية تأخذ حكمها القانوني من وقت التمهيد . ومن حيث أنه من ضمن هذه  
الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع - وهو  
الزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التمهيد المذكور . ومن حيث  
أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إضرار من  
غير مقابل يجرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذي يقبل المبيع بهذه الزيادة  
أن يتبع القواعد التي رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء في أرض  
الغير » (٢) . وقد أبدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم  
بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

(١) والأصل بالأثر الرجعي هنا أكثر استعانة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل  
مع ب دون أن يضر أحداً . فلذا فرض أن ب رهن العقار في المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ،  
كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأي الذي يقر الأثر الرجعي ، وكان باطلاً وفقاً  
لنقضين المدعي السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب الرأي الذي ينكر الأثر الرجعي .  
(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ الصفحة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

حل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا المقار ( بناء ) بيننا للمشتري بطالبه ويقاضيه لتفصيل تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة — بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل — كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصنعة القانونية ، من إنكار هذا الأثر . فاننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالأحدث تغييراً في العين المباعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في الأثر يبنى في الأرض المباعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فهدم البناء وأدخله أنقاصاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ بمن البناء مستحق المدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أدخلنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نصل إليها بحكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بمسوية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

---

(١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة محر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً

نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة محر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويظهر الاستناد على وجهته يهدي خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسلّم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالأحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في المقار المبيع ، فله المشتري الحق في أن يطلب منه إزالة كل مداخله ، لا تطبيقاً لقاعدة ٦٥ مدني ( قديم ) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاصاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء على أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل عن قيمة البناء مستحق المدم . فإذا امتنع البائع ورغم ذلك وأصر على عدم البناء ، وقد يظهر هذا الإصرار من جوانبه تمتناً وتقصلاً في أعماله حق في إزالة البناء . ولفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الاتصال على أن يقدم التعويض الواجب دفعه بعد ذلك ( مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١ ) .

في الأرض مقابل قيمته مستحق المدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة البيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى في الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً في أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

**٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو وعده القول الحق : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :**

(١) نعرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلّمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري ثان انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباني في أرض غيره وهو حسن لنية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يمتدّ على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكاً - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكاً .

(٢) ولعل هذا يمين على توصيح القاعدة التي تقضي بحصول ثمة الملاك للمشتري بعد التقبّل ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكاً للبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يحصل ثمة حلاكم لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .



شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم سجل (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعي ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحه الدائتون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أي بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائما شخصيا يزاحه سائر دائني البائع المفلس في غن العقار المبيع . ولا ترد في إثارة الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذي صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشابة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الإفلاس الإعصار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعصار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعي واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعصار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحه فيه الدائتون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، في مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شرائه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أي قبل تنبيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السير في إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص في هذه المسألة جعل الدائن المعادي معتبرا من الغير منذ

---

(١) ليس في التقنين التجاري ما يمنع المشتري من تسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمطروح هو فيه حقوق الاحتياز والرجوع ( م ٢٣١ تجاري ) . ومع ذلك لا وزن لنفي مدى ٢٠ سنة ١٩٣٥ بمجموعة محر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .  
(٢) أنظر م ٢٥٧ مدى .

(٣) وقد لفت حكمة المشرع بأن تسجيل تنبيه نزع الملكية لا ينقل الدائن المعادي نازح الملكية حقا منها على المعايير له التمسك بعدم تسجيل الصفقات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه ، وكل ما في الأمر أن يصبح في هذه من الغير الذين لا يصح عليهم بالتقود التولية إلا إذا كان تاريخها تابعا قبل تاريخ تسجيل التنبيه : أنظر نفس مدى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ بمجموعة محر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة محر ١ رقم ٣٠٩ ص ٢٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو حنيفة في التفليسة لفرقة ٧٠٢ - أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمي في التفليسة لفرقة ٢٩٦ - وقارن الأستاذ عبد النعم البدراوي لفرقة ٢٠٩ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معسرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينفلج الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢) .

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إجراء التسجيل ، فيكون وقت أن

---

(١) وهذا النص هو المادة ٩١٩ مرافعات ، ونجري الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :  
« لا ينفلج تصرف المدين أو الخائن في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الخائزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٩٢٧ ولا الراس عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شرعاً بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنبيه طبعة ثالثة  
فقرة ٢٨٢ ص ٤٣٣ .

(٢) وفي الفرض الذي يموت فيه البائع عن تركة معسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول أكثر استساعة من القول بأن الالتزام ينتقل الملكية حتى في التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام ينتقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقتضي بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

وهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه : إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . ويترتب على ذلك أن الرهن في المثل الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه العقار مملوكاً للمشتري الراهن ، وبأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده وهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كالرهن الأول ، ويتبادل الرهنان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طابع العلاقات القانونية التي نحن بصدد حلها (١) .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض (٢) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع

---

(١) قارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ص ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٩٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأبطلت حق اختصاص قه مل طار لمشتري قبل أن يسجل المشتري عقده شراره ، ثم سجل المشتري لعقده بعد ذلك وقصر في العقار ، فاعتدت المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تمت بحق الاختصاص ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون مل لم بحق الاختصاص للقيد لو لا خطأ قلم الكتاب - أنظر أيضا في المسألة التي نقت به محكمة النقض محكمة الاستئناف الفطنلة في ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٥٤ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ - وانظر أيضا : نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ٨٥ ص ١٢٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٢٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ ..

المعار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأى الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري المعار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا المعار وقت بيع المعار المشفوع فيه (١) . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للمعار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاوراً للمعار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتنتأب الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل كانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني التي تجرى على الوجه الآتي : « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أي في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا ، فلا يكون الإيجار في المثل المتقدم سارياً في حق المشتري ، وهذا هو الرأي الذي أخذنا به في عهد التفتين المدني السابق (٢) .

---

(١) وقد قيل بهذا فلا (أنظر الأستاذ عمر أبو حامد في فهر المحقوق القارية ص ١٤٦) .

(٢) عقد الإيجار المذلل بقرة ٤٨٠ — وكانت المادة ٢٨٩/١٧٤ من التفتين المدني تجعل البيع السابق - لا نقل الملكية - هو الذي يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتي : « ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث . . أثر في الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار إذا لم يكن عقد الإيجار سابقاً عليه في التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ صحيح ينتج كل آثاره مع نقل الملكية . وحل ذلك يحرم المشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إعلاء العين بعد انتبيه عليه بذلك في المعاد قانوني . وحل كل حال فإن للمشتري -

## ٢٨٥ - القول بالآثر الرجعى هو الذى ينشئ مع الفوائد العامة :

والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الآثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالآثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبقى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الآثر الرجعى حل كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الآثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الآثر الرجعى للتسجيل بتاتا ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الآثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يشخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته ، ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العيى . مهمة فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالمقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العيى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس المقد هو الذى ينقل الحق (١)

== إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ المقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائفيه الشخصيين ومنهم المستأجر ، فيعتبر المشتري مالكا من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فيفسخ الإيجار حتى مع التسليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار . (مقد الإيجار المؤجل فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جمل التفتين المدف الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص لأخر أرضا زراعية بمقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل المقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ المقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يفتق المقام هنا من بعضها .

(١) والتسجيل فى نظام السجل العقارى يتم بموجب مقد مجرد (acte abstrait) ، غير مقد البيع . نمقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، والمقد المبرد أى التسجيل هو الذى ينقلها تنفيذاً لهذا الالتزام . (م ٣٤ - الوسيط ج ٤)

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نقلها . ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا مانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس مانع ، فهمته كما قلنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان بإشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يتراخى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاج للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع : في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمضى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

---

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصبح البيع عبداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد ببيد كما سبق القول .  
(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحقة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتعاقد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينشذ

عندما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته السلبية حقاً إلا في نظام الشهر العتيق حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم تبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان ( ص ١٩١ ) : « وعلاجاً لهذه الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوق في كتاب الشهر العقاري علماً وعملًا ( ص ٢٩ - ص ٤٠ ) : « ولقد حاول المشرع منذ سنة ١٩٤٢ أن يمالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بحمله ٣ ونصف في المائة بدلاً من ٥/١٠ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاملين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضي بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع المحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب للقانون شهرها .. (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إضفاء أو ختم لإنسان توفي ، نظراً لما لوحظ من شيوخ التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضي بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهررات تم شهرها » .

(١) ونقول بحكمة النقص إن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده » ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تكميلي وهو التسجيل . وإذا فالعقد الصوري البلية على الشيء والتدليس لا يصحهما التسجيل « (نقص مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ بمجموعة حر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

- وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

---

(١) ويقرب الأستاذ جيل الشرفاوي كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منح السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وعقله يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه لجميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا فلم نأثم الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، ففي هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه يشأ على عائق المشتري بالتزام البائع وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فإن تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالوفاء بالتأجيل ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح للالتزامات قائمة ، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة البيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نص القانون على صورته الحالية لا يمكن أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام محكمة النقض المصرية تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم التسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه أي مشتري دائناً عادياً ، أي له أن يقتضي من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جلية - لأنه ينطبق ترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بى في عقار باعه بعقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره ... ولذا فإننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن راضي هذا الحكم لم يفكر كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصريين القيام بإجراءات التسجيل » (الأستاذ جيل الشرفاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ و هامش رقم ١ من هذه الصفحة ) .



التربص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن بحث الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يمتنع على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعياً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف التبرر في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: « ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلا من محال التصددة واجب الأداء مطلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء القرويين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المطلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار عمل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حصول من أتمه القانون مقادير: التناهي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن » (الوسيط جزء ٣، فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: « وأما كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أحل حقه واختار أهل الواجب الأداء على النحو الذي قدمناه، صار هذا أهل وحده هو محل الالتزام .. ويستند هذا التبرير بأثر رجعي إلى الماضي .. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن أهل المدين كان محلاً للالتزام مطلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطي. وإنما يرجع الاستناد إلى أن أهل الذي حين كان منه البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه الأهلية كانت شاملة بينه وبين أهل الأول، فيصية تركزت الأهلية فيه .. ويتبرر على هذا الأمر الرجعي ... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء مصددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كافي المنقول المدين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منه نشوء الالتزام لا منه إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالئاً للشيء منه البداية » (الوسيط جزء ٣، فقرة ٩٧).

ولا يمتنع دور التسجيل به، والإقرار في نقل ملكية الشيء غير المدين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإقرار ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم القديري فقرة ٢٠٧ ص ٢١٤ - ص ٢١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون في طائر معين بالذات، فلم تصح طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرره في خيار التبرير حيث كل من الشئتين معين بالذات. أما في الإقرار فالشيء غير معين بالنوع، فطبيعته تصحى على أن تغتفل ملكيته إلا من وقت التبرير، إذ الملكية لا تغتفل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس مجرد دائن ماضي، بل تسببه بحكمة التفتش المشتري أو المتصرف إليه. ويصف القضاء اقتطاع حق هذا المشتري بأنه حق مضاف إلى العقار (jouissance ad rem)، تميزاً له عن حق الحق الشخصي (jouissance in personam)، وتقريراً له من الحق المسمى (jouissance in rem).

فنص على وجوب التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مجموعه . ولا يتم للمشروع قصده كاملا إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل السجل العقاري . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذي ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء في مصر ، فأحسا وجوب العمل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانتا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من عقود التراضي ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التي لا يقوم فيها هذا الحائل ، والتي يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففى بعضها وصلا إلى هذه النتيجة ، ولكنها اتسما للوصول إليها طرقاً أخرى استمدها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان في وسعها ما دام قد ساراً طبيعة البيع أن يلتزمها إلى النهاية ، وأن يقولاً بأن البيع هو الذي نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفي مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فانجبه الفقه والقضاء اتجاهات يتعارض مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي .

**٢٨٦ - القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نص مصرى القانون :**  
ولا يقتصر القول بالأثر الرجعي على أنه هو القول الذى يتفق مع طقواعد العامة

---

(١) أنظر مثلاً ما يقول الأستاذ جميل الشرقاوى : « ونحن نستقد أن مؤيدى فكرة الأثر الرجعى لتسجيل يميزون هذه الفكرة من إحساس يمثل ما سجلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل في الواقع الملكية إلى المشتري في العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يريدون بها تفسير حق المشتري في التنازل وتجريم البناء أو التراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر في اعتقادنا إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » (الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس في هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إشهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . فالنص يوجب تسجيل عقد البيع ، ويرتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيها بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد في النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع في ذلك إلى مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيها بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً في الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف في صياغته عن قانون التسجيل ، وليس في نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » .

ثم صدر القانون المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا القانون على أنه « في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيها بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر

المقارى : وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا الصدد الصدد ما يأتي : « أما في المقار فلا تنقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل للملكية هو العقد (١) .

## ٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط

مسح النية في المشتري الزى سجل عقده أولاً - نظرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني يعتبر المشتري الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده . ولما كان المشتري الثاني قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثاني في هذه الحالة على المشتري الأول . وزى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى في حقه البيع المتأخر في التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق في التواريخ الثابت (٣) .

ويخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) وقد قدما منه الكلام في التقنين المدني السابق كيف يكون تحديد الغير في التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٩) .

(٣) ويشترط في التفصيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم المحس إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صوري ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذى سجل أولاً ؟ يمكن أن ننصوّر في هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

( الحل الأول ) أن يشترط في صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

( والحل الثانى ) ألا يشترط حسن النية في التسجيل ، ويكفى اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذى تأخر في تسجيل عقده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول .

( والحل الثالث ) ألا يشترط في صحة التسجيل لا حسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثانى أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثانى بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل في أهل مراتبه من القوة ، فيكاد يدانى في قوته التسجيل في نظام الشهر العيني . ولا يجوز في هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع مصرحاً ، ونفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذى باعه ، فلم يمدّ عنده مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . في هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه . ولكن العقار لا تخلص ملكيته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه في المزاد

الجبى ، وزاحه فى هذا المثل داتو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة فى الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل فى هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ فى حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذى قدمناه .

ويخلص من ذلك أن هناك تدرجاً فى قوة التسجيل بحسب الحل الذى يؤخذ به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط فى صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج فى القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع مفسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار فى هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف المهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقارى .

## ٢٨٨ - شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق - اهاتر :

وقد قدمنا أن رأى الراجح فى عهد التقنين المدنى السابق هو اشتراط حسن النية فى المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أسانيد هذا رأى ، وأنه يعتمد على نص صريح فى التقنين المدنى السابق هو نص المادة ٢٧٠/٣٤١ من هذا التقنين وتجري على الوجه الآتى : « لا تنقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى القائلة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيدكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوفة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها (١) . وذكرونا أن هذا رأى كان ينازعه رأى آخر يلحظ إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، مالئ أن

---

(١) ونص الفرنسي لمباراة « لا يعلمون ما يضر بها » هو ، كما قلنا : qui sont de bonne foi .

هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشتري مبيعاً  
النية ، بل ولو كان متواطئاً ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فان كان عقداً  
صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتفي هنا بالإحالة إلى  
ما سبق أن بسطنا في كل ذلك (١) .

والرأى الراجع من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى  
اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من  
القوة كما سبق القول .

### ٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون

التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة  
التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين  
المدنى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد  
كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت  
المادة ٢٧٠ / ٣٤١ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتى  
المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة  
عن الحقوق العينية فتشترط في التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول  
في الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون  
حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها  
التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية في العقود المكتوبة واشتراطه  
في العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الحامية ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو  
سنة ١٩٢٩ الحامية ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧  
م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٢ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٥٢  
ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢  
ص ٣١١ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحلده زكى فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مخطط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٤ - ١٥  
( وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل ) .

ولكن بقي الرأي الآخران يتنازعان القضاء والفقه . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فانه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن قانون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تفضيل المشتري الثاني الذى سجل أولاً ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه بما يحاق الدقة ألا يكون للتواطؤ جزاء، ولأنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تفر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المطلق أن يكون حق المشتري بصف غير مسجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصح بعد توواطؤ الغير مع البائع حقاً سلوب القوة : حكم الدوائر المختصة لهجة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ المادة ٨ رقم ٢٢١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المادة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المادة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المادة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المادة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المادة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٣ - استئناف بخلف ٢٤ مايو سنة ١٩٣٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ . وانظر الأستاذ عبد السلام ذهني في التمس والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان

فقرة ١٨٢ ص ٢١٢ هامش رقم ٣ وص ٢١٧ - ص ٢١٨ . (٢) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن قانون التسجيل قد أبى على نظرية التواطؤ في المقود الكاشفة وأغفلها في المقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات المبدية في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل قد عطا خطوتين لإدخال نظام السجل العقاري فجعل انتقال الملكية بين المصالحين مرتبطاً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثاني يعامل مع البائع ولا يزال مالكا للبيع ، وإلى أنه لا عمل لتسلك بالمادة ٣٤١/٢٧٠ مدني سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ على أنه لا عمل لكل نص يخالف أحكامه . أنظر من هذا الرأي : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المادة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المادة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٤١ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المادة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المادة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المادة ١٦ =



وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لاحسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فاذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيها بملكه ملكاً تاماً . فاذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم تتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سبيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه . كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقض ، بهذا

---

= رقم ٣٣٠ ص ٧٠٦ - استئناف أسوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المبيعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤ .

وأنظر الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى مقرة ٤٦٩ - الأستاذ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات القديم المخلص ص ٧٣٩ .  
وأنظر فى عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان مقرة ١٨٢ - الأستاذ محمد على إمام مقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات مقرة ١٦٥ وما بعدها - الأستاذ عبد الفتاح عبد الرزاق مقرة ١٠٣ ص ١٦٥ - ص ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ - ص ١٧٦ - الأستاذ عبد المتعم البدرأوى مقرة ٢١٤ - مقرة ٢١٧ .

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتى : « ولا يجوز التحدى بدعارة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد قانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يترتب نقل ملكية المبيع بين المتنازعين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها بائناً ، والدعوى اليومية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرفضها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه ، والذى كان يتمتع عليه لفوائده لقضائه استتاده بمحقوقه ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لها يطلب بإبطال التصرف فيه » .

الرأى الذى اعتنته، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة. ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذى تواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيطلبه للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض. ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لاثبت ملكيته فى العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١) ، وبزاحه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢) .

= وانظر أيضاً : بقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص ٧٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام التقضى ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ . استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٥٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٥ - وقارن : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣ .

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأنه يجوز المتصرف إليه الاول بمقتضى غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى المسجل ، إذا توافرت شرائط الدعوى البولصية ، على اعتبار أنه دائن عادى من حقه أن يبطل التصرف المفقور لمدينته ليعتد استرداد الثمن الذى دفعه والحصول على التعويضات التى يستحقها . هل أنه يلاحظ أن الفرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فان الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الفرض تدعى تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وانما تهدف إلى الحد من سريانه فى حق الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى مال مدينته . فإذا وجد فى هذا المال ما يبنى بدينه زالت الحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهى ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاضوا المال الذى يرجع إلى مدينهم ( ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧ ) . ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تحققت الشروط المقررة لظن بالدعوى البولصية ، فان مؤدى ذلك أن تعود ملكية المين المتصرف فيها إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذى يسجل عقده برصفه دائناً بالثمن للتنفيذ عليها جبراً استيفاء لديه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى بحث عقده الابتدائى وطالبته الحكم بصحته ونفاذه ، =

ولم نهلر محكمة النقص العقد الذى سجل أولاً إلا فى حالة ما يكون عقداً  
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

== لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذى سجل عقده محلة بيع المشتري الذى  
لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس لدائن فى مقام التنفيذ يدينه أن يطالب بملكية اأعقار الذى  
يجرى عليه التنفيذ ( نقص مدق ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقص ٦ رقم ١٥٨  
ص ١١٨٥ ) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري لم  
يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تعددت بصفة أصلية واستقرت على الفسك بطلب بإبطال  
التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدق  
القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة وتفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب  
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى البولصية ، وتكون المحكمة إذا  
أعجرت الدعوى مفاصلة بين عقدين مجرد هذه الإضافة ، وأملت سكام على ما بين الطليين من  
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد  
خالفت لقانون ( نفس الحكم السابق ) . وكانت محكمة النقص قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز  
الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى الدين المشتراة والدعوى البولصية ، لأن كلا من الدعويين تتناهى  
مع الأخرى ( نقص مدق ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦ ) .

وقد سارت محكمة النقص الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى البولصية  
على التصرف الذى بطناء ، بدعى أن المشتري ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يرمى  
إلى ملك المبيع ، فأل هذا الحق هو أن يصير حقاً مالياً . والدعوى البولصية لم تشرع إلا لحماية  
الحقوق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع  
بإثبات المدفوع له من المشتري الثانى إذا وجدته فى ماله ( أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة  
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم مستند من بعض فقهاء القانون الإبطال - أنظر  
مقالاً للأستاذ كاديجينوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برفاردي فى مجلة  
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وأنظر الأستاذين أحد نجيب الهلاى وحامد زكى  
قكرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١ ) .

أما محكمة النقص الفرنسية فتعفى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشتري الأول  
المتأخر فى التسجيل على المشتري الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثانى قد توافقاً  
مع البائع ، ولا يمكن أن يكون سبباً لثبوتية ( نقص فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دالوز  
١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقص بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقده  
شرائه ، ولا يجوز دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري  
عالمًا بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف فى المبيع ذاته لشتر آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت  
أن عقد المشتري المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج من إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري  
وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع ( نقص مدق ٢١ ديسمبر  
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقص ٥ رقم ٣٥٢ ) - وأنظر أيضاً : نقص مدق ==

وإذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تخصيص التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقارى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحمله نظام الشهر الشخصى الذى لا تزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام بأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا يرى بداً من الاعتماد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) . وفى رأينا أن خير طريق للحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل الدعوى البولصية ، ولكن لا على النحو الذى تذهب إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص سنعود إليه فيما يلى (٢) .

## ٢٩٠ - شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى :

كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

٢٠ = أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ من ٤٠٥ - ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ من ١٨٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ من ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ من ٢٣٤ - ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ من ١٨٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ من ١٣٣ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ من ٨٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ من ١٥٣٦ - ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٧ من ٧٠١ .

(١) الأستاذ عبد السلام دضى فى التسجيل من ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فى فترة ٢٧٣ - الأستاذ أنور سلطان فى فترة ١٨٢ من ٢١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فى فترة ١٠٣ - الأستاذ جميل الشرقاوى من ١٧٦ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ١٢٣ .

(٢) أنظر ما يلى فى فترة ٢٩٠ فى آخر الفقرة . وأنظر الوسيط ٢ فى فترة ٥٨٨ من ١٠٣٠ وعاش رقم ٤ .

الرأيين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأي الذي يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأي الذي يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصبة ودعوى الصورية وهو الرأي الذي ساد في العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذي قام بين الأعضاء في هذا الصدد في العبارات الآتية : « وفي أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذي أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة لحقوق المينة العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظام السجل المعنى فيها هذا إمساك السجل ، والسجل المعنى لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثاني إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجته ، ولا داعي للتردد الذي كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل المعنى . أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح في هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأي إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرج الذي كانت ( المحكمة ) أمامه من وجود نص صريح على التدليس في المادة الثانية وعدم وجود هذا النص في المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كضلع من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى في أي الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الحرج ، فلا تنص على التدليس في المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلي ذلك من المواد التي تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقاري غفلاً من النص على التدليس في أي مادة من مواده ، أي أن للشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يستد به في العقود الشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة التوبة ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص في العقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة ،

المستطاع إستخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، ومركولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قيل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد نص ، في صدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ٥١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

---

(١) الدكتور محمود شوق في الشهر العقاري علماً ومعلماً ص ٣١٢ - ص ٣١٣ - وورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « وفي صدد التدليس لم ير على شخص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق ، اكتفاء بنطبق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثاني عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثاني ، فله أن يحتج على المشتري الثاني بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري الثاني كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع في نفس العقار . ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذي كان مفهوماً في التقنين المدني السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضحاً قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخبير ، في مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقه والقضاء لبعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقه الرأىان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد رجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر في مادتيه الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعوا قانون الشهر . ومن ثم يتعين استبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية في التسجيل واستبعاد الرأى

الذى يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده  
أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً  
قانون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة  
للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها قانون التسجيل  
عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازالته عاملاً

(١) والواقع أن واضعى قانون الشهر العقارى قد جاوزوا النوى الذى قصدوا إليه عند  
ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل . فقد كانت الفقرة الثانية  
من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : « وتبقى حقوق القبر المكتسبة قبل التسجيل  
أو التأثير المشار إليهما خاضعة للتصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت التصوص  
والمبادئ المشار إليهما فى هذا النص نصوص التقنين المدنى السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر  
على حماية الدائن المهرن حسن النية إذا استند حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فبقى  
هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن  
المهرن ، كمتبرع زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحميه نص  
قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنته قبل تسجيل صحيفة الدعوى وكان حسن النية .  
ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى : « ولا يكون  
هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فشل  
بمحايته ، لا الدائن المهرن فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان  
يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية  
هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أى غير عالمين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يبدد ملكية سلفهم  
من زوال بأثر رجعى .

فلما أضاف النص إلى دعوى زوال الملكية بأثر رجعى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة  
الصاقد ، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء  
الأخرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يهدد ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها  
من غير مالك أصلاً فى حالة دعوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة  
دعوى صحة الصاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستند حقه من  
غير مالك أصلاً ، فلا يحصى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استند حقه من شخص يستطيع أن يملكه  
ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشتري يعقد صورى وكالوارث الظاهر كما سبق القول  
( انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى الهامش ) . وأما من يستند حقه من مالك سبق له التصرف  
فى ملكه فيحصى ولو كان سيئ النية - أى يعلم بالتصرف السابق - لأنه استند حقه من مالك  
لا يهدد ملكيته الزوال ، عالم يمكن متواطئاً مع هذا المالك ( قارب فى هذا المعنى الأستاذ  
سليمان مرسى فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس  
المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١ ) .



من عوامل الاضطراب والزعزعة في الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم يسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى شيئاً معلقاً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصصوا ما يراد استخلاصه من هذين النصوص . فمن بادر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون علم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بناتاً في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه نافياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالِكاً لا يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيياً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فقضت بأن « الغير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

---

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح للنقض سراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها ( أنظر أيضاً فقرة ٢٦٢ في الماش ) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر صحيحاً النية في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تنوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقد مع أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتفاخا إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .

(٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ —

وانظر أيضاً : نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ —

٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤

مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام

وهذا الرأي يجب أيضاً استيعاده لتطوره في الناحية الأخرى ، كما استيعبنا  
الرأي الأول الذي يتطرق في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) ، ومهما يكن

== النفق ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٢١٠  
ص ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النفق رقم ١٩ ص ١٥٣ .  
(١) والفقه المصري ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، سقم ، ولكن الكثرة الغالبة  
تقر محكمة النفق فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان ( فقرة ١٨٣ ) وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، فيمكن لاعتبار  
المشتري الثاني سبباً لية أن يكون عالمًا بالتصرف الأول ولا يشترط تواطؤه مع البائع ، ويستند  
في ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .  
ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ( فقرة ١٥٥ - ١٥٧ ) أن حسن النية لا يشترط  
لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثاني مع البائع يفسد التسجيل  
ويجعله غير نافذ في المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يفرون محكمة النفق ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ  
محمد علي إمام ( فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩ ) إلى أن التسجيل إذا أفسده التواطؤ  
من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك يذهب  
الأستاذ عبد المنعم الورداني ( فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩ ) إلى أن الاعتداد بالتواطؤ صحيح  
من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يزيد قضاء  
محكمة النفق . ويرى الأستاذ جميل الشرقاوي ( البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٥٤  
وهامش ص ١٥٧ ) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار أن التسجيل عنصر في إثبات  
الحق العقاري استلزمه القانون استلزماً مطلقاً بحيث لا تعمل حله وسيلة أخرى لتكيد دلالة السند  
المثبت لحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور ( فقرة  
٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦ ) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من  
قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التي وضعت أن المشرع  
لم يشأ أن يفصل في هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذي  
يسير نحوه المشرع المصري من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويجملون إلى القول بأن اتجاه محكمة  
النفق هو الذي سوف يستقر ، ويمكن أن تكون محكمة النفق قد أخذت برأي في مسألة على النظر  
حتى تسير معها المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا هو الرأي الذي استقر قبل قانون الشهر  
العقارى . ويقر الأستاذ إسماعيل غانم ( مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٣ - ص ٩٤ )  
محكمة النفق على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان مرقس ( عند الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٥٥ هامش رقم ٣ - البيع  
والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - وأنظر أيضاً الأستاذ محمد علي عرفه في أسباب  
كسب الملكية سنة ١٩٥٥ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥ ) إن شرط حسن النية المذكورة في الفقرة  
الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري مقصور على دعاوى الطعن في تصرفات مسطحة ، ==

من شفع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنهض به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون المحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجية القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة وبسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== يترتب عليها فسخ أو بطلان أو إنهاء التصرف بأثر رضى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية لحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . ففى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تحيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرد البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، آت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك التبر ، كما هى الحال فى المشتري بقصد صورى وفى الوارث الظاهر ( انظر آتقاً فقرة ٢٦٢ فى الماش ) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فنقول فى حاجة إلى الاستعفاء . ذلك أن المثال الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسببه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول ببطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيا أن التواطؤ يفسد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم بنقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص من طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فمن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الحاطر . فهو إذن سيء النية ، ومن ثم لا يستلج أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسام بسلامة التسجيل فى عقد هو عمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تدعب إليه محكمة النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر المبنى . فنن المجازفة أن نستعبر من نظام الشهر المبنى أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجة المطلقة لسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا نزال الدقة فى نحرى صحة السندات المسجلة تموزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر المبنى . يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحية العملية (١) .

---

(١) ويقول الدكتور محمود شرقى ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر الثارى ، فى هذا الصدد ما يأتى : « ونرى أنه يجب الأخذ بالمبادئ العامة فى شأن كافة المبررات على إحداث أن التدليس يفسد المبررات المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، تطبيقاً لهذا المبدأ لا يقال بأن التدليس يفسد أى محرر . . . ولا جيرة القول بأن قانون تنظيم الشهر الثارى قد أعد جميع إجراءات نظام السجل المبنى ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكتابة . إلا أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩١٦ لم يمس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح الجاهل المرتقب والذى يجب فيه أن يسلك السجل المبنى . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من »

ويخلص مما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسط ، وهو الرأي الذى يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يزعزع نظام التسجيل بإدخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تعرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا رأى ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقتين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة للغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسأير فى هذا الطريق بحكمة التقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين . وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً فى وعده برهن أو كان دائناً مرتباً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

---

== القائم على هذا السجل ، وللقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاء النظامى . أما وهذا النظام العين المحكم لم ينفذ به ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخص عموماً ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والفتنة لتضبط على أساس سليم » (الكهر العقارى ط١٤ وعلا ص ٣١٢ — ص ٣١٤) . (١) أو يقال إن المشتري الثانى المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض . وغير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكية فى العقار المبيع بتسجيله .

وبلاحظ هنا أن المبيع ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل التسجيل . وسبب العيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانونى ، ولا يستلزم التسجيل أن يصبح هذا الفساد .

(٢) الوسيط جزء ٢٠قرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إحصار بالمعنى المقصود في اندعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالندعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ هذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصددنا قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ المعيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ المعيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالندعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتسلكه بعد ذلك بتسجيل مسنده (٢) .

(١) رجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثاني من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقرون بهذا الرأي وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٦ — جروبيه فقرة ٢٦٢ وما بعدها — ريبير في القاعة الخلقية في الالتزامات فقرة ١٧٠ — فقرة ١٧١ — ديموج ٧ فقرة ٥٠٠ وما بعدها — بلانيول وريبير وودوان ٧ فقرة ٩٢٧ — فقرة ٩٢٨ — دي تانتس جزء أول في الدعوى البولصية Action paulienne فقرة ٤٨ .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من الوسيط ، فقد عتبنا على ما سبق أن أردناه في هذا الصدد بما يأتي : ويرتّب على ما تقدم أن إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتري آخر ، وبأمر المشتري الثاني إلى التسجيل متوالياً مع البائع هل الإصرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالندعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع ، ( الوسيط ٢ ص ١٠٣٠ حاشية رقم ٤ ) .

ويقرب من هذا ما قلّت به محكمة استئناف مصر في صدد تفصيل بيع غير مسجل على وقت أنشاء البائع بعد ذلك في العقار المبيع إصراراً بالمشتري . فقد قلّت هذه المحكمة بأن عدم تسجيل حقه المبيع لا يبطله ولا يعدم أثره ، بل يظل الحقد تاماً ناكلاً ويقترن للطرفين بجميع الالتزامات القانونية ما عدا عمل الملكية الذي يترافق إلى ما به وقوع التسجيل . والمشتري بالحق غير المسجل إنما هو دائن بالالتزامات شخصية تركز على العين المبيعة ، ووسع له إذن أن يستنه إلى

## المبحث الثاني

### تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه من التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن : الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلاهما فرع عن التزام أصلي ، فانهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وصري أنه يتوجب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

---

== نص المادة ٥٣ مدني ويطلب بطلان الوقف الذي أنشأه البائع إضراراً به ، لأن التصرف ببيع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسجيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل لقول بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحصة الوقف المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالقد غير المسجل لا يطالب بحق عيني مثل تثبت الملكية أو خلاصه ، بل يطع دعوى الوقف بالقول ببطلانه ، لوروجه إضراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تدرئ على العين الموقوفة ( استئناف مصر ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المبررة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ ) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي — وفي القانون اللبناني فيما له — فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يخلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا طُعن الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فسيجوز للبائع من تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ منه ، برئت منه من الالتزام بالتسليم ، ويجاز له أن يطالب المشتري بيمين : فيكون المشتري هو الذي يتحمل تبعات الملاك ، ويسترد إلى ذلك فيما يل .



يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع عل الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام ببذل عناية كما قلنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه : « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا ببذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود » . فإذا ببذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فإذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد ببذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكن البائع مسئولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فإذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسؤولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحميله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسؤولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنفى مسؤوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بقسـل المبيع على حاله مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أوردتني الموجبات والنفرد البتات هذه الأحكام فى المادتين ١١٥ و ١١٦ مـ . فنصت المادة ١١٥ على أنه : « إذا هلك الشيء المدين الذى اتفق عليه البيع ، أو أصيب بهب قبل التسليم ، بسبب صل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق المشتري أن يطلب تبعة ذلك الشيء أو صرفاً مقابل ما نقص من قيمته ، على الشروط التى يمتصها ما يحق أن يعادى لى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتعلقات ، صل البائع أن يسلم ما يماثله صفه ومقداراً ، مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام منفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قلنا . فتحتفظ له بهذه السمات (١) ، وتتناول بحثه تفصيلاً ، لتحديد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم وبدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

## المطلب الأول

### عمل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بماله ومفراده وملحقاته : عمل التسليم هو

المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . فليعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

== الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والفرار عنه الانتفاء . =  
المادة ٢٦٦ حل أنه : إذا عيب المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه حل حاله ، وينفع منه كمالاً . وهذا من الصلح لها إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيؤخر بما ورد فيها من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) وسنرى أن لنضرح الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهمية حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحصل تبعة الهلاك على الأقل كما سنرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسمى في مجموعها حل كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً منفرداً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المقايضة والمبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والقرابة . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في هذه الإيجار صراحة على أنه : يبرى حل الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يبرى حل الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وحل الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

## ١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : نص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع انتهى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ ( مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ ( مطابقة المادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في قانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ ( مطابقة المادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً لقواعد عامة يمكن الأخذ به في قانون العراق : انظر الأستاذ حسن الفتون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن العيراق فقرة ٢٩٣ - فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ : يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز البائع بعد ذلك أن يغير حالته . ( وهذا مطابق للحكم الصادر في نص التقنين المدني المصري ) .

أو في حالة مطابقة العينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود انقلاق خاص بين المتبايعين يعين الحالة التي يكون عليها التسليم .

**٢٩٤ - كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع :** قلنا أن المبيع يجب أن يكون معينا تعييناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي يتطوّر دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والفروض - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، بقضى بأن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٣) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كان يعين له حدود العين المبيعة وماعليها من حقوق وتكاليف ، ومشتلات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، عالم بوجود إتفاق

---

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فينقض القبايمان عل أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه ( بلاثيول وريبير وعامل ١٠ ص ٨٦ حاشى ٤ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٥٥ حاشى رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت مهيأة للاستعمال العام ( استئناف محط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩ ) . وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك للمشتري اللزوم لها ( استئناف محط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٩٥ ) ، وأن يحمل الممتري ينفق بها ( استئناف محط ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ -

خاص على غير ذلك (١) .

وإذا كان المبيع من المثلثات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع ، لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا القرض ، فنصت على ما يأتي : « ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . فالحالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا القرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذاك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف ردي حتى لا يغبن المشتري (٢) .

( = ص ٣٢١ ) ، والمشتري سفة في طلب عدم المباي التي تقام في الشوارع المقصدة ( استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤ ) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقصدة ولم يتم بشق الشوارع والميادين ، جاز للمشتري نسخ البيع ( استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧ ) .

وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، سلمها البائع للمشتري حل هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص ( استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠١ ) .

(١) أو عرف متبع ، وذلك كالحالة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف في بورصة ميناء البصل ( استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧ ) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بوردي وسينيا فقرة ٣١٢ .

وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشتري وقت تسل البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة حماية البضاعة أو تعيين غير لما يشاء ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى إن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه الحماية ( استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥ ) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستحصل مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة ( استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٧٩ ) .

( م ٢٦ - الوسيط ج ٩ )

## ٢٩٥ - تغير حالة المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة

التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها للمبيع إلى المشتري .

والفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يحتج بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوته هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه ونزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

---

(١) استئناف مخطوط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وما الحكماء المشار إليهما في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من القانونين التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن « استلام الأشياء المنقولة ودفع أجرة النقل يطلان لكل دعوى على أمين النقل وعمل الركيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان المبيع الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهر ، فيجوز إثباته بحرفة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالمعيب المذكور إلا إذا حصل الإخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب للحكمة في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى طعن المهادين مهلة ساعة الطريق » . ونفى عن البيان أن هذه الإجراءات والمواهب القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة ما بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة ما بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجازى لا يفسخ حقه بفرد هذا السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه ( انظر بودوي وصنيها فقرة ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٥ تجارى فرنسي ) .

(٢) بودوي وصنيها فقرة ٣١٢ مكررة رابحاً - دى باج ، فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم الهادي فقرة ٢٥٢ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٦٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨ . =

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بقضه أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قلنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بقضه ، فعليه هو مقبلة ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذي قلناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر خلا بهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويضرب على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

---

== وإذا كان المبيع عيناً معينة بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها في عقد البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموسومة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفي التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالفروض بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم مما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات . وقد قلنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة حماية المبيع أو تعيين حيز حمايته (انظر أنفاً فقرة ٢٩٤ في المحاشي) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالمرور الخفية في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما الميب الخفي فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيناً خفية لم يكن المشتري يعرفه . ودعوى الفسخ يجب الحق تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بحس عشرة سنة .

قبل التسليم ، كانت تبة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تنغير حالة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع .  
فإن كان هذا التنغير بسبب أجنبي ، كأن التحقق طمى بأرض زراعية فزادت ،  
فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن  
المشتري نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التنغير بفعل البائع ،  
كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك  
النبر وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان  
البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن  
يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب  
استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبالغ  
يساوى ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب نزع  
ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن  
يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع  
أن يطلب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع  
إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختر المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته  
مستحق الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية  
لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فانه لا يرجع بشيء مما أنفقه على المشتري ،  
فقد قلنا أن تبة الهلاك أو التلف على البائع .

== ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى النقص في المبيع ، إذ النقص يفترض  
أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو حالة مادية . والنقص جزاءه  
دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة  
سنة كما قلنا . وكالتلف عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية ( انظر الأستاذ عبد المنعم الديرى  
فقرة ٢٥٣ يشير إلى تعليقات الأستاذ هيار في المجلة الفصلية لمقتانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧  
وص ٣٦٠ ) .

- (١) نقض مدأ ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس  
سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .  
(٢) انظر في كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠/٢ مدف .  
(٣) انظر المادة ٣/٩٨٠ مدف .



وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئي لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المتليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً بجزءاً (١).

**٢٩٦ - وجوب انتقاله خاص على حالة المبيع :** وقد قلنا أن التزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع على النحو الذي بسلطانه إنما يقرم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذي يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبت وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً في الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع في حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع في حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تتقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم يفعل ، وكانت الحالة التي عليها المبيع فعلاً تقوت على المشتري فرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتفويض العيني ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تقوت على المشتري فرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذي بسلطانه عند الكلام في البيع بالعينة (٤) .

(١) بودي وسهنا فقرة ٢١١ ص ٢١٢ وقرة ٢٢٥ .

(٢) بودي وسهنا فقرة ٢١٢ مكررة رابعا .

(٣) بودي وسهنا فقرة ٢١٢ مكررة أولاً .

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ١٢٠ مدع

## ٥ ٢ - مقدار المبيع

٢٩٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٣ من القانون المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » .

« ٢ - أما إذا تبين أن المقدار الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق بخلافه » .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقدم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً (١) » .

---

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع المجهدي.

على الوجه الآتي : « ١ - إذا عين البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً على هذا المقدار حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . « ٢ - أما إذا تبين أن المقدار الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ في المشروع النهائي - وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » في صدر الفقرة الأولى . « ١٠ - مجلس النواب على هذا التمهيل . وفي لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة في الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى بعبارة =

وتقابل هذه النصوص في الفئتين المدنى السابق المواد ٣٦٣/٢٩٠ - ٣٧٠/٢٩٦ (١).

== وإلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري عبارة - إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يملئه لنا ألم العقد . وذكر في تقرير اللجنة أنه قد سجل أساس القسح عدم إتمام الماقد العقد لوانه كان يعلم بوجود النقص ، أعذا بالمليار العام الذى وضع في شأن النقط . وأضاف اللجنة إلى الفقرة الثانية عبارة « إذا كان المبيع غير قابل لتجبيض » لزيادة الإيضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في الفئتين المدنى الجديد ، وأصبح رقم ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وص ٦١ - ٦٣ ) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع التمهيدى مطابقاً لما استقر عليه في الفئتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من الشروع التالى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦ ) .  
(١) الفئتين المدنى السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يسلّم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقياسه المبين له في عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض إذا بيعت بحلة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار آحادها ، ووجد مقدارها الحقيق أقل من المقدّر في العقد ، فقلبتى الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود من المقدار المبين ، فالزيادة البائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر ، وكان قد تمّين في عقد البيع مقدار المبيع وثمّة باعتبار آحاده ، ففى حالة وجود نقص أو زيادة في المقدار المبين ، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع دفع ثمنه بالنسبة لقلده الحقيق . أما إذا كان الثمن تمّين بحلة ، فقلبتى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إلا إذا كان النقط زائداً على نصف عشر الثمن المبين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لنفس البيع ، فلى البائع رد الثمن الذى قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشتري بموافقة للقانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع مله بالنقط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذنت حق البائع في طلب تكيل الثمن ، يسقطان بالسكوت طبعاً سنة واحدة من تاريخ العقد . ( ملاحظة : كان هناك شك فيما إذا كانت هذه المدة مدة سقوط أو مدة تقادم . فحسم الفئتين الجديد الخلاف بالنص صراحة على أن المدة مدة تقادم ) .

## وتقابل في التضمينات المدنية العربية الأخرى : في التضمن المدني السوري

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية المشروع التبعي في شأن نصوص التضمن المذكور السابق مايلي :

« يصل بتحديد المبيع أن يكون البائع قد ضمن المشتري قدر ما مضى له ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض ويبيع على أنها كلها متراً أو كلها فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يمد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التضمن الحال ( السابق ) نصوصاً كثيرة في هذا الموضوع . . . وهي نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية ( مرشد الميراث م ٤٤٨ - ٤٥٢ - المجلد م ٢٢١ - ٢٢٩ ) وتتميز في الأشياء التي يقوم بعلمها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . في الحالة الأولى ، إذا تمين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة البائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فلهذا المشتري أن يفسخ البيع أو يقبض مع إنقاص الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تمين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان للمشتري بالتالي بين الفسخ ( إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين ) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تجزئة المبيع في هذا الفرض لا تجوز إذ التبعيض يفسد . فإذا تمين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فلهذا المشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويظهر ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن سمي جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أحل للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يسلط البائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا قدر المشتري الذي يجعل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا قدر البائع في أمر كانت الحيلة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبضربها يمكن في استخلاص القواعد العامة ، وبضربها يخطئ على شيء من التحكم ويحسن تركه الظروف وانفاق المتعاقدين . فالتصريح نص يستلزمه لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التضمن البولوني والمشرع الفرنسي الإيطالي . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن المشتري القدر الذي عينه المبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازة من قدر سمح به زيادة أو نقصاً . ومعنى التضمن أن المبيع إذا نقص عن القدر المدين ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً . . ( ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين ) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أسابه من الضرر ( وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك ) . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدوا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المدين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطلب للمشتري زيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تميز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود الليباني المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١).

== وبين ما لا يضره ، بل يكمل المشتري الثمن في الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذا الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيرها . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١ ) . ويلاحظ أنه أدخل على فصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضي بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة ، وجب تمييز ما إذا كان المبيع يضره التضييق أولاً يضره ، وقد أورد النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التضييق ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع لا يضره التضييق ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكون للبائع كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٢٩٤/٢٩٨ و ٢٩٥/٣٦٩ : « ولم ير المشروع محلاً للسكام في أثر الفسخ ( م ٢٩٤/٢٩٨ ) فهو خاضع لقواعد المساسة ولا تقص على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالنقل الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً ( م ٢٩٥/٢٩٨ ) ، فإن هذا الحكم ظاهر لأهمية النص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥ ) .

هذا وقد أخذت فصوص التقنين المدني السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع أحكام الفقه الإسلامي ( انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للوفاء جزء ٣ ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الحلل وحامد زكي فقرة ٣٢٠ - ٣٢٤ ) .

#### (١) التقنينات المدعية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ ( مطابقتان المادتين ٤٣٣ - ٤٤٣ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٣ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ ( مطابقتان المادتين ٤٣٣ - ٤٣٤ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٣ : إذا بيعت جلة من لتككيلات أو جلة من الموزونات أو اللزومات التي ليس في تبعضها ضرر أو العيوب المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جلة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحسبه من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .

م ٥٤٤ : ١ - إذا بيعت جلة من الموزونات أو اللزومات التي في تبعضها ضرر أو من اللزومات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جلة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، ففسخ المشتري .

وتعرض هذه النصوص لقرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد

= فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التصاقه على أخذ المقدار الموجود بحصة من الثمن .

٢ - وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التصاقه على أن يبطل البائع عوضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٥٥ : إذا بيعت جملة من المورونات أو المذروعات التي في بيعها ضرر أو من التعدادات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فالمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصة من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمياً عليها .

( تنفذ هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص في التقنين العراقي بخسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى في التقنين العراقي بثلاثة أشهر ، وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القانونن فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢ ) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بياناها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المشتري ، عند تشيئه ، الكمية المبنية في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو ينشئ به المشتري ، تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين في العقد ، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فالمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المبينة في المادة السابقة ، يقضى بالرجوع إلى مراحات خراط الساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بمقتضى القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على حين معينة محدودة أو على عشارات متباعدة مستقلة ، سواء بدى بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده ، فإن بيان القياس لا يجوز للبائع حق استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى المشتري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقام في حلال سنة من يوم التصاقه ، وإلا سقط الحق في إقامتها .

( وموضوع التقنين البتاني أعادة منصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٢ ) .

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جزافاً وذكر أن مقداره عشرون هدلاً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فننشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين عن الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

## ٢٩٨ - عمالة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك

اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا النقص (٢) . فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يبين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقد المشتري أو أكثر مما يعتقد البائع ، فلا يلحق في العقد إلا بالنقص إذا توافرت شروط ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٢٢ ) .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٩ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مستولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة ( استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٩ ) . فإذا طرأ طارئ ، كنقص في مياه الري أو فيضان ، وجب عليه إصطاف المشتري حتى يتمكن هذا من العناية والنموط بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مستولاً ( استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٢٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٢ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ =

للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحقق بالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جعل جزاء النقص في مقدار المبيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر حلة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ( م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق ) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر حلة واحدة . وفي هذا يفتق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يهتم بإنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار المبيع ( م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق ) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ ( م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق ) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المتقدم ( م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق ) . أما إذا كان الثمن قد قدر حلة واحدة والمبيع غير قابل للتبويض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى الفسخ إذا كان النقص

---

== ص ١٦ . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مخط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يفسد ( استئناف مخط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢ ) . وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز (فسن) ( استئناف مخط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٢٩ ص ٤٨ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١ ) . وقد يكون تعبد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه اللغة تعبد بجهة الكمية ( استئناف مخط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤ ) .



يزيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) ، فلم يكن يميز انقاص الثمن على خلاف حكم التفتين الجديدين (١) . وذلك أن التفتين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بثمن مقدرة جلة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف . فإن لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً جلة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٣) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التفتين المدني السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنقص صريح في أنه يجب على المشتري أن بكل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً ما دام الثمن

---

(١) فإذا أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التفتين السابق ، وإلا فيسري التفتين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالبيع في هذه الحالة لا ينعى أن يكون عملية حسابية في حاسل سرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف غلط ٣ ديسمبر ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسعيد زكريا ٣٢٣ - الأستاذ عبد النعم البدوي ص ٣٩٦ حاشي ٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٢٤ حاشي ٢) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لشرح التفتين ، فهي تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر جلة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترتب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً جلة واحدة (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٦١) .

قد قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب على المشتري تكلفة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشتري بدعوى تكلفة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة جسيمة بحيث تكون تكلفة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجعل المشتري يزداد في المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بتكلفة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين تكلفة الثمن أو فسخ البيع ، إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر من ١/٢٠ م ( ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق ) .

وإذا كان الثمن مقلراً حلة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أنه : إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقلراً حلة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر للمعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك يبقى البيع ، ولا يطلب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (١) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق م ( ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق ) .

### ٣٠٠ - تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :

ونخلص مما قلناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاث : (١) دعوى إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٦١ - ويبرر هذا الحكم أن المبيع كان في يد البائع وكان في وسعه أن يعرف مقداره . فإذا قصر في ذلك ، وباعه بشئ مقلر جلة واحدة ، فليس له أن يمتنع بتخصيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع .

قلمناه. (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أيضاً إذا كان هناك نقص جسيم في المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة. (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في المبيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة .

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تنقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة ( م ٤٣٤ مدني ) ، حتى لا يبنى البائع (١) مهدياً مدة طويلة برجع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبنى المشتري كذلك مهدياً مدة طويلة برجع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المشتري ولو كان قبل البيع شريكاً في الشئ ثم أفرز نصيبه وباعه مفزاً ، فإن الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشئ بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف في حصته مالكاً لها ملكاً مفزاً محمداً ، فإن أحدهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي يبيعها على التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى عجز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحميل كل منهما نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشئ بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذي وقع في الحصة التي اختص بها ( نقض مدني ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر رقم ٩ ص ٧٢ ) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمزاد الجبري (استئناف مغلط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٥) - هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعى أن البيع يتناولها ضمن المبيع ، أو يطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الفسخ ، أو كان الثمن مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدر نهائياً بعد تقرير المبيع - ففي جميع هذه الأحوال لا تنقادم الدعوى - وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تنقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية لتقادم ( استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الحامدة رقم ٢٤ ص ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٥ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٢٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٥ ص ٣٣٠ )

وبعداً سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً ، ففى هذا الوقت يستطيع المشتري أن يبين ما إذا كان البيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوقف دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليماً فعلياً ، إذ التسليم الفعلى وحده دون التسليم الحكيمى هو الذى يجرى أسباب العلم بما تقدم . وانفسخ المبالى البائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليماً فعلياً ، فلا يسرى تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يبين عادة فى هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق فى طلب تكملة الثمن (١) .

---

= فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٠ - ص ٣٢١ وص ٣٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥ ) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تمهيد خصوصى حصل بعد عقد البيع الاصل وتمهيد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التى تظهر فى مساحة الألبان المبيعة ( استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣ ) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدنى قد نصت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف على المدة التى بينها القانون ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٢٥٨ ) . وقد نصت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على مبادلة سنة بقبضة العجز فى المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ المبادلة المتفق عليه ( استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥ ) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري فى الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز ما يفهم منه أنه نزل نزولاً ضئيلاً من حقه ( انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الماشى - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد على امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٠٠ حاشى ١ )

وجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة فى أية حالة كانت طليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ( استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ ص ٢٩ ) .

(١) ونفى عن البيان أنه إذا سقطت دعوى البائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلى ، لم يحد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع ليتفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ فى هذه الحالة تكون هى أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن ..

وقد كان التفتين المدنى السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه الدعاوى الثلاث سنة واحدة (١) ، ولكنه كان يجعل السنة تسرى من وقت البيع (م ٢٩٦/٣٧٠ مدنى سابق ) ، أى فى وقت يصح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواه ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضع انتقاد (٢) .

(١) وقد قفست محكمة استئناف مصر فى عهد التفتين المدنى السابق بأن مدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم ( استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥ ) . ولكنها قفست بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالى استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩ ) .

(٢) ولذلك كان القضاء فى بعض أحكامه يجعل مبدأ سريان السنة من وقت التسليم الفعل ( استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧ ) . ولكنه فى أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً لنص الصريح ( استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ - ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠ ) . عل أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قفست بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع فى وقت معين لمعرفة السبىز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقياس لا وقت العقد ( استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦ ) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يتبين مما تقدم فى المادة السابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن إذا نقص المبيع نفعاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمّل المشتري على طلب الفسخ . فى هذه الحالات جميعاً تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى انقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا حقيقياً . وهذا الحكم أصحح عيياً فى التفتين الحالى ( السابق ) ، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/٣٧٠ ) ، بل من وقت التسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكتفى التسليم الصورى . وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يمسّ للمشتري وبالبائع ككشف حقيقة النقص أو الزيادة فى المبيع ( مجموعة لأعمال التجميعية ٤ ص ٦٥ ) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم منه بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة فى المبيع ، فإن التقادم يسرى من وقت العقد ونشأ لأحكام التفتين المدنى السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم فى تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التفتين الجديد هى التى تسرى ولا يبدأ التقادم إلا من ( م ٣٧ - الوسيط ج ٤ )

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن للدائن نائب يمثله قانوناً (م ٣٨٢/٢ مدنى) ولكنها تكون قابلة للاقطاع (١).

### § ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (٢) » .

ويقابل هذا النص ذى التقنين المدنى السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطنى والمواد

٢٥٨ - ٣٦٢ مختلط (٢) .

== وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً . وقد ورد نص صريح فى هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدنى على ما يأتى : « كل أن النصوص القديمة هى التى تسمى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جليل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل متروكاً يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضى الزراعية لا يشمل ما تنضج من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل الثمر الناضج ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للثقل . (د) بيع الحيوان يشمل صلاله التى وضعها كما يشمل الصوف والشمع الملبأ لجزء » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » ، وبقيت للفقرة الأولى وسدحاً مطابقة لما استقر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٤٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ : ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤ - ص ٥٥ وص ٥٧ ) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢٨٥/٣٠٧ : يجب أن يكون التسليم شاملاً للمبيع ولجميع ما يند

من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

==

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

== م ٣٠٨/٢٨٦ : في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد المقررة في الأحوال  
الآتي بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بنفي ذلك .

م ٣٥٩ غنطل : بيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة  
ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية أو في بقعة مخصوصة منه المدة للنقل .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطن : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات  
التي يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ غنطل : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات  
التي يمكن نقلها بدون تلف . وفضلا عن ذلك يتبع في هذه المادة عرف البلد .

( ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لاسيما إذا رجعنا إلى ما حذف  
من نص المشروع التهديي فيما قدمناه باعتباره تطبيقات لقواعد العامة ) .

#### ( ١ ) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ ( مطابقة المادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري وانظر في  
التانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - فقرة ١٠٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ ( مطابقة المادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري منه نقده الثمن ...

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : ( ١ ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل  
الانفكاك منه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخلت في بيعها  
الرضيع . ( ب ) توابع المبيع المصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده  
والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت مرسة دخلت  
الأشجار المفروسة على سبيل الاستقرار . ( ج ) كل ما يجري العرف على أنه من مشتلات المبيع .

( وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن الدانون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٨٥ -

فقرة ٣٩٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته .

م ٤١٩ : ان تسليم البعاز يشمل أيضاً التوابع المحكية ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الخيوان . أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل مبيعات جزءه .

تسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحدد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

## ٣٠٢ - تقرير معنى ملحقات المبيع : نقول المادة ٣٢٢ مدنى كآرائنا ،

إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . ويؤم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته ، والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) . فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

يبحث لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها . فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست مع الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طيات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فإذا بيع حيوان مثلاً ، فهنا الحيوان أى كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقاً به ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produits) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه ولكن بصفة عارضة لا بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذى يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== ٢٢١ : أن المقررات والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحسب داخلة في البيع ، إلا إذا نص على العكس .

(١) أحكام التقنين اللبناني تنفق مع أحكام التقنين المصرى .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٤ ص ٣١٧ .

(٣) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣١٦ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٢٩٥ .

(٥) أما قبله فقد يكون من الملحقات .



الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمراته ، ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والبناء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة . لا بصفة وقتية . ليكون تابعا للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى ينهيا للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالمحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي «كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء» . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فإنها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المسائل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستدانة بالتطبيقات المختلفة التي ستوردها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذا قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق حقل محكوم به في مواجهة البائع ، فقد ألزم - التزم شخصيا - بالاستناع عن التعرض لمن تقدر له حق الارتفاق ؛ فهذا الحكم يكون حوافضا لقانون ، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقض مدني ١٤ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٢ ص ٧٠٤) .

والمشتري يمتلك أصل البيع ونعماءه بمقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو جزء من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمرات لأنه مالك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمرات ، ومن ملك الأصل ملك ما تولد منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب الذي يمتلك به الملحقات ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

### ٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع : ونورد بعض تطبيقات

نوضح ماهي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .

فالمبيع بوجه عام ، أياً كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كاستندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستقيها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة إلى هذه البوالص خلفاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية من الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسادة قد حفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة : أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأصناف التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١

(٤) وكذلك تنتقل الدعوى التي تكون البائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المبيع أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التبريض إلى المشتري ، وكذا إذا كان المبيع منزلاً فتنقل إلى المشتري دعوى البائع بالضمان قبل المهندس والمقاول الذين قاما ببناء المنزل ببلانيولوديجر وعامل ١٥ فقرة ٨٧ ص ٩٠ ، ولكن لا تنتقل الدعوى التي لايجل فيها المشتري محل المبيع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المتقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويتربى على ذلك أن الأفران المثبتة في الطابغ والمغاسل ( بنوار ) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرابا غير المثبتة ولا التراب المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقوق الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (٣٧م - مدني عراقي) . فإذا كان المبيع هبة ، دخل في ملحقاتها الموائى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزابي الموائى وبيوت القلاحين

= كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التوسيع التي تكون البائع من إتلاف أو تخريب في المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعاوى التبن التي قد تكون البائع قبل بائه ( أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Vente فقرة ١٠٥٠ - فقرة ١٠٥١ ) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى البناء - ضمان الاستحقاق وضمان الميوب الخفية - التي البائع قبل بائه ( أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Vente فقرة ١٠٧١ ) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحمته المستأجر في الأحيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأحيان ، فشكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتبعا لذلك يكون المشتري حتى مطالبة المستأجر بتسوية الضرر الناتج من فعله غير المشروع بتلك الأحيان ( نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٢ ) .

- (١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ .
- (٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وعزته إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينفج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيه في وقت قصير فلا يدخل ( استئناف غنطل ٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٤ ) . ومع ذلك أنظر استئناف غنطل ١١ سبتمبر سنة ١٩٥١ م ١٤ ص ٤٢ ( لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق ) : أنظر منها القميص ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٥ ص ٥٤ - كقر سفر ٨ يوليو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رة ٤٥ ص ٦٥ .

ونحو ذلك (١) . وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلصة ما يباع من الغزبة على الشبوع ، أما إذا بيعت الغزبة أجزاء مفروزة لم تدخل هذه الملحقات تبعا لأي جزء مفروز منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستاناً ( أرض جنائن ) ، دخل في ملحقاته الأشجار المفروسة والثمار التي لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل في الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل ( الشطأ أو المشتل ) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنعا ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعيمهم ونحو ذلك . وإذا كان المبيع متجرا ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر والاسم التجاري (٤) « وماركة الفابريكة » والعملاء وحقوق المستخدمين والعمال والتزامات

---

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر في ملحقاتها بيوت ومبان تكون هزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه الهزبة تصل إل فدان والأرض المحيطة كلها لا تزيد على ٤٢ - ١٠٠ ( استئناف مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧ ) - ولا يدخل دون ذكر الموانئ في الأرض الزراعية التي امتنع على البائع نفلها بسبب إجراءات صحية ( استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨ ) . ويدخل تبعا للأرض النخل المزروع فيها ( استئناف مخطط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥ ) . ويقضى العرف بالألا تدخل البواقي دون ذكر ( استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥ ) . أما الفوار فيحسب قصد المتبايعين ( استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١ ) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل في بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو واهورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة في عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الواهورات وكان نص عند البيع قاصرا على الأراضي اعتبر البيع عن الأرض فقط ( استئناف وطني ٣ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٢١ ) ، ولا تدخل في بيع الأراضي المخازن المملوكة لحفظ المحاصيل حتى المبنى منها في الأراضي ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضي مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شيء صريح في عقد البيع ( استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨ ) .

(٢) بودى وسينا فقرة ٣١٥ .

(٣) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة تعيد خلافة المشتري للبائع في متجرك إذا كان الاسم التجاري هو الاسم الشخصي للبائع .

المتجر ودبونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاؤه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذى شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من منتجاته ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فإن عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣).

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فإن حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كؤلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التى تشتمل على سر الاختراع وكيفية الإفادة منه إفادة كاملة (٥).

---

(١) قارن بودرى ومينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورفضها على أنه « لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبينة في العقد ، فإذا لم يمين على وجه العقد ما يقتضيه الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجارى واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالسلاسل والسمة التجارية » . وهذا التحديد خاص بما يقتضيه امتياز البائع لا بمتناصر المبيع ، لأن المتناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨ ) .

(٢) المشروع التمهيدي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والتعهدات الجنائي ( انظر آنفاً فقرة ٣٠١ في الماحش ) .

(٣) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المبدى لها في الطيران ، لا سيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف غنطل ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٠١) .

(٤) بودرى ومينيا فقرة ٢٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ فى فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاص (ك. ل. لان وكايتيان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلاهول ودويير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات ، فإن قسائم الأرباح ( الكوبونات ) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي مع الثمرات لا مع الملحقات . وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملحقات الصندوق الذي يحتويه إن وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة مع فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

## المطلب الثاني

### كيف يتم التسليم

٣٠٤ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .

فنبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

## ١٥ - طريقة التسليم

٣٠٥ - المصممي القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانضاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

---

(١) استئناف مخطوط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٥ .  
(٢) انظر المادة ٤٢١ من قانون الميراث والفرد الجاني (أنفاقرة ٢٠١ في المامس).

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٤٢/٢٧١ - ٣٤٤/٢٧٣ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .

٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذى يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التملك ، أو بتخفية البائع له . ويكون تسليم المنقول بالمناولة أو بتسليم مفاتيح المكان الذى يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالترخيص فى استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازته . وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق . ٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، وأصبحت المادة رقها ٤٤٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « ما دام البائع قد أعلمه بذلك » بعبارة « ما دام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التديل ضبط الحسك ، وأصبحت المادة رقها ٤٣٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها بلته ( مجموعة الأصوات التصديرية ٤ ص ٦٧ وص ٦٩ - ص ٧١ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٤٢/٢٧١ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٣٤٢/٢٧٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب - حسبا ، فتسليم العقار إذا كان من الملبأ يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر فتسليم حجيجه ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لوضع يده المشتري عليه . وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يده إلى يده ، أو بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يده المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٣٤٤/٢٧٣ : تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها ، أو بتصريح البائع المشتري بالانتفاع بها إن لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور . ( ولا تختلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد ) .

المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٣٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).  
وبيّن من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) انتقنات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة المادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ١٢٤ (مطابقة المادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٣٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتحلية بين المبيع والمشتري على وجه يشكّن به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورأه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له في القبض .  
م ٥٣٩ : إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشترها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .  
م ٥٤٠ : ١ - إذا أجز المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رده له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض : اعتبر المشتري قابضاً لمبيع .  
٢ - وإذا أجزه قبل قبضه للبائع أو باعه أو وهبه أو رده أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه المالك قام هذا القبض مقام قبض المشتري .  
( والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الفتون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينفذ به بدون مانع .  
م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عقاراً فبالنقل عنه وتسليم مفاتيحه عند الانقضاء ، بشرط ألا يلاقى المشتري إزاء ذلك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالنقل أو بتسليم مفاتيح المبان أو الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، متى بمجرد قبول المتأخرين ، إذا كان إحصار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإبداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .  
م ٤٠٤ : إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسليم الأستاد التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فقل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .  
( والأحكام في التقنين اللبناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري ) .



### ٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما تقول الفقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدنى فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي يتطوى إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستولى على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستولى المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٤) - إذا كان التسليم التزاماً فى ذمة البائع ، فإن التسليم وهو حيازة المشتري بالفعل

(١) استئناف محظوظ ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥

(٢) بلانويول وويبر وهامل ١٠ فترة ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته. فقد يعتبر المشتري منفصلاً له مع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفى هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة ثملاً للمنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً فى تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه ، وسبق المشتري الثانى المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لذلك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم ( أوبرى ورو ٥ فترة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودرى وسيتيا فقرة ٢٩٨ - بلانويول وويبر وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢ ) .

هذا ويسمى التسليم الذى لم ينفذ تسلم فى بعض الأحيان تسليماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذى ينفذه التسليم ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦ ) . ونؤثر أن نحفظ عبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادى ، أعني التسليم الذى لم ينفذ ، تمييزاً له عن التسليم المحلى الذى يتعرض له فيما بعد .

(٤) بحمد عمه الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع تحت تصرفه على النحو المتقدم الذكر . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدنى يقول في ذلك عن المشتري : « مادام يعلم أن البيع قد أصبح تحت تصرفه » ، وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٢) . ويظهر من ذلك أنه أريد ألا يكون علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه حصلاً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشتري أن البيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار ، فقد يكون بانذار رسمى إذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع البيع تحت تصرفه .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بالتسليم  
المبيع (٢)

### ٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلى : يبقى في التسليم الفعلى أن نورد

بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع البيع تحت تصرف المشتري على النحو الذى قدمناه ، سواء كان ذلك فى العقار أو فى المنقول أو فى الحقوق المحررة .

(١) وقد يبادى المشتري البائع فيقبض المبيع دون امتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا صحيحاً يبرى ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدنى العراقى فى المبنى فى الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذن من البائع له فى القبض » ( أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ٣٠٥ فى الهامش .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ — ص ٦٩ — وفى بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع ، فالتسليم غير التجربة وهو يستبناها عادة ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٤٧ ) . ويجوز للبائع ، لإتمام التسليم ، أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو عرض حقيقى ( نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠ ) .

فإذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بتخلية البائع له . فإذا كان داراً يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخلها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلا بد إذن من إخلاء العقار أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التجهيضي للتقنين المدني الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قلنا (٤) - كانت تنص على أن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه يداً بيد ، ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لأى عمل رمزي يصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري ( استثناء مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ ) .

(٢) استثناء مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو المالك المبيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التى معه المشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تقطع في ملكية البائع المبيع ، وتعرض أحد المشتري أو ظهر المبيع منقو ، فنقد ذلك يرجع المشتري على البائع بفيضان التعرض أو الاستحقاق ( بلانويول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٧٣ ) . ويجوز التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته للمشتري لا يبرر فسخ البيع ( استثناء مختلط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ ) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٥٥٠ في الحاشي .

آخر محتوى هذا المقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري إن كان المقول مشحوناً أو مودعاً أو غزولاً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم هذا السند المشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ، كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق الأشجار ، فيخلو البائع ما بيننا وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها (٤) . وقد يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بتسليم سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق مع تمكنه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً شخصياً لاحقاً عيلاً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيابة مفتاح الخزانة هي حيابة رمزية لشئ غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيابة ما هو في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيابته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها ، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد سائراً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حل المفتاح لا يلزم عنه حقاً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان مسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضائه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مقرر ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٢٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر ، وللآخر حق قبض المبيع المودع أو المخزون (استئناف غنط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) بودري وسيينا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٦) بيران ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسيينا فقرة ٢٩٧ ص ٣٠١ - وفي الأسهم والكذابات وانشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتطهير ، وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد التقيد في دفاتر الشركة (م ٣٩ م ١٢٣ تجارى) .

ويتبين من هذه التطبيقات - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) - أن طريقة التسليم تكيف حسب طبيعة المبيع (٢)

**٣٠٨ - التسليم الحكيمى :** ويقوم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قلناه التسليم الحكيمى ، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) ، التسليم المعنوى . والتسليم الحكيمى يتم - كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى فيما رأينا - بمجرد تراضى المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكيمى بذلك من التسليم الفعلى بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكيمى صورتان : ( الصورة الأولى ) أن يكون المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، باجازه أو إعاره أو وديعه أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ، ولكن لا كاستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشتري فى حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٤) . وهذه الصورة هى التى كان التقنين الملقى السابق ( م ٢٧٢/٣٤٣ ) ينص عليها وحدها . ( الصورة الثانية ) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كالك فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كاستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) استئناف مخطط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى نسله من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إعادة حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصل (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يعرض لها التقنين المدني السابق ، وشملتها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدني الجديد فيما قدمناه .

وكلنا الصورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكياً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدني إذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضحاً بده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضحاً بده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التقنين المدني العراقي صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو هبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلي ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلم المبيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *contitut possessorie* (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤) .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٥ مدني عراقي في هذا المعنى على أنه « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعه منه ، أو هبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، أجر المشتري قابضاً لمبيع » أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ من المايش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التهذيب في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٦٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ من المايش .

المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كستاجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتين رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعده قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى المقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني .

## § ٢ - زمان التسليم ومكانه

### ٣٠٩ - زمان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد

يشتمل على نص يبين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحلوفة يستفاد حكمها في غير عناء من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : ١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز

---

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٨/٢٧٧ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المعين له في العقد ، فإذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردتها المشروع التمهيدى فيما قدمناه ، وإن لم يذكر صراحة المواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن هذه يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين المتبايعين . ولا يوجد في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص يقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسري كما في مصر . وينص تقنين الموجبات والمقود اللبناني في المادة ٨٠٧/١ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد ، وإذا لم يبين وقت وجب التسليم على أن إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع أو العرف » . وهذا النص يعلق في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) محموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٧١ في الحاشي وص ٧٤ في الحاشي .

قاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق فذلأن من هذا التأجيل ضرر جسم .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يفتق المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه ، أو أمهل القاضي البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإمهال (١) .

والذي يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ، فيجب العمل بهذا الاتفاق . فان لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجاري حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع . فان لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري ، فان طبيعة المبيع هنا تقتضي أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبعة من السوق (٢) . فان لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضي

(١) نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٢ .

(٢) وإذا سكت المشتري عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة طويلة منتما اترقعت الأسعار يطالب بالتأخر ، لم يحق له ذلك لأن سكوته دليل على زواله من حقه ( استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤ ) . ولا يستحق تعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإطذار ( استئناف مخطوط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٠ ) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتهم به تأخرها من ميعاد التسليم ( استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨ ) . ولكن الأصل هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم ( استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٠ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩ ) .



البائع مهلة في التسليم ، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضي هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فللبائع أن يتمتع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن (١) ، حتى لو منع المشتري نظراً للميسرة . وهو في ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذي ستعرض له تفصيلاً فيما يلي .

٣١٠ - ملاحه التسليم : كان المشروع التمهيدى للتفتين المدني الجديد يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع متقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً في موطن البائع (٢) . وقد حذفت هذه

(١) ظهر تسليم المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا ملك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الملاك على المشتري (م ٢٧٤/٣٤٥ مدني سابق ، وهي تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط مهاد دفع الثمن دون أن يشترط مهاد تسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مخطط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤) . وإذا كان مهاد التسليم ولم يتم ، كان للبائع استولا من الخصم إلا إذا سته من ذلك قوة قاهرة كتأخر طرده البريد بسبب الحرب (استئناف مخطط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مخطط ١٢ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥١ - انظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو خطأ منه : استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٣ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٣٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التفتين المدني السابق المادة ٢٧٥/٣٤٦ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المحذوفة . وكانت المادة ٢٧٦/٢٤٧ من التفتين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقي ، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري » .

المادة أيضاً ولأنها مستفادة من القواعد العامة ، (١) .

والنص المحلوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٧ مدني على الوجه الآتي : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ولم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) . وقد يكون الشيء المعين بالذات متقولاً لم يمين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المتقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً

---

كما ذكر . وفي حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق في فسخ البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيسرى حكمه دون حاجة إلى نص ( الأستاذان أحد - نجيبة الحلل وحامد زكي فقرة ٣٠١ ) .

ولا يوجد في التقنين السوري ولا في التقنين الليبي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسرى كما في مصر . وتنص المادة ٤١١ من التقنين المدني العراقي على أن : ١ - مطلق العقد يقتضيه تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت انعقاده . وإذا كان المبيع متقولاً ولم يمين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط في العقد حل البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور . والنص تطبيق للقواعد العامة ، وينطبق مع الأحكام التي تسرى في مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه : يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس - إذا عين في عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذي يكون فيه حقيقة ، وجب حل البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله . وهذا النص أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، وينطبق مع الأحكام التي تسرى في مصر .

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ في الماش وس ٧٤ في الهاشم .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ .

كحق شخصي حوله الدائن ، فان التسليم يكون في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن الدين يسمى إليه (portable) ولا يسمى (quérable) . وهذا كله مالم يتفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقي ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم في هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع مع مكانه الحقيقي إلى المكان المعين .

### ٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدّر ومكانه - نص قانوني :

وقد ينص القانون ، في حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدني ، في خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) .

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التفتين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس للشرح تحت رقم ٤٣٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ وص ٧٣ - وص ٧٤ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدف السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هي التي تسري ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أي مكان التصدير لا مكان التوريث - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آتياً فقرة ٢٤٨) . ومقابل النص في التفتين المدف السعودي المادة ٤٠٤ (مطابقة للتفتين المصري) - وفي التفتين المدف الليبي المادة ٤٢٥ (مطابقة للتفتين المصري) - ولا مقابل له في التفتين المدف العراقي (تفسر القواعد العامة وطه تقضى بمكان التصدير وزمان الإرسال) - وفي تفتين الموجبات والمقدود المباني المادة ٤٠٦ وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى منعه » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التفتين المدف المصري الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٩ الأنفة الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التفتين اللبناني ، وتجري على الوجه الآتي : « يحصل البائع غطائاً للمبيع و مدة سفره إلى أن يسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

كبضائع يشحنها البائع للمشتري ، فإن القواعد العامة التي قدمناها كانت تقضى بأن يكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفرار المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فننتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه في الطريق . ونرى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفرار المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري . ولكن المادة ٤٣٦ ملغى المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فالملغى يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل بهذا الاتفاق ، فإن النص يقضى بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أى عند التفريغ ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو ذاته بالتسليم ، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز في هذا الصدد بين الشيء المدين بالذات والشيء المدين بنوعه . فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيّن بالذات ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفي محطة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الهلاك في الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويطلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فإن ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفرار ، والإفرار يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون في هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فننتقل الملكية إذن عند التفريغ ، ولما كان

(١) ويراعى المؤلف والعرف في تقدير الزمن الذي تصل فيه البضاعة المصدرة ( استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩ ) ، فتأخر نحو شهرين في وصول البضاعة المصدرة من ميناء مبيد يكون متفراً ( استئناف مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١ ) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد يتحقق ، كأن يقول « إذا أمكن » ، ينظر فيه أن يكون الزمن ثلاثة أسابيع المؤلف ( استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤ ) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة في وقت معين وإلا كان البيع منسوخاً ، كان المشتري الحق في رفض البضاعة التي وصلت بعد الميعاد ، وليس عليه إعادتها ( استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٤ ) .

خطر هلاك البضائع التي تخرج من غزن البائع في الطريق على من يملكها (٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع محطة الضريح (١)

### ٣٤ - نفقات التسليم

#### ٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع : وكان المشروع التمهيدى

يشتمل كذلك على نص يبين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن « نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويلتخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه » (٢) وقد حذفت هذه المادة هي أيضاً « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٣) .

والنص المخلوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة ، وتقرؤها المادة ٣٤٨ مدنى في فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(١) أنظر آنفاًقرة ٢٤٨ - وانظر المذاكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

(٢) وبمقابل هذا النص في التفتين الملقى السابق المادة ٢٨٣/٣٥٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لخل التسليم وأجرة كبله ومقاسه ووزنه وبغير ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع حكم النص المخلوف .

ولا مقابل النص لا في التفتين السورى ولا في التفتين اليابسى ، فترى القواعد العامة كافية مصر ، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف . وفي التفتين الملقى العراقى تنص المادة ٥٤٢ على أن « تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة . وفي تفتين الموجبات والبقود اليابانى تنص المادة ٤١٢ على أن « يتحمل البائع - إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولاً - مصاريف التسليم كأجرة لقياس أو الوزن أو المد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادى » . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يحتمل نفقاته .  
ويلخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع  
لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق ، فان الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له .  
ويلخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم  
إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر .  
ويلخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ،  
أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع  
تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية  
عليها حتى يسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية  
على البائع (١) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف  
المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري  
لا على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهى مصروفات الإفراز المبيع -  
تكون فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن  
كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى  
العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة  
بين المشتري والبائع .

### ٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - أمثلة : وسنرى أنه إذا كان

تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فان تسلمه التزام فى ذمة المشتري (م ٤٦٨ مدنى)  
ومن ثم تكون مصروفات التسليم - كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم  
إلى الجهة التى يريد بها المشتري ورسوم المرور والترانزيت والنحوية وغير ذلك -

---

(١) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن البائع  
حق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن المشتري حق فى إنقاص الثمن (قارب بلانبول  
ودبيير وحامل ١٠ ص ٧٩ هاش ١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروح التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المعروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام في تسليم المشتري للمبيع (١) .

### المطلب الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم

( نعمة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم )

### ٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالات:

وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قدمناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٢) ، فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني

(١) انظر ما يلي فقرة ٤٢٤ .

(٢) كان يكون البائع لم ينفذ بالتسليم إلى يائه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف غنط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كان يكون البائع قد تصرف في المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أخطر البائع المشتري بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يخطر المشتري البائع (استئناف غنط ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كان يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف غنط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) .

ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سر البضاعة وقت وجوب التسليم أهدأ من الزمن (استئناف غنط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويعد بالسر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تتأخر (استئناف غنط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٢٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف غنط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (التغطية) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل الفرق (استئناف غنط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الزمن غير مدفوع (استئناف غنط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري منه عدم التسليم ببلداً معيناً أو دفع الفرق في السعر ، لم يجوز المشتري أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السعر يجب الاعتماد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف غنط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٥٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٦١) .

إذا كان ذلك ممكناً ، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضي سلطة تقديرية في إجابته إلى طلبه ، وله أن يطلب في الحالتين تعويضاً عما عصى أن يكون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) . وكل هذا يكون طبقاً

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضييعات في الحالتين . وليس في رفع الدعوى بأي من طين الطرفين لزول حق الطلب الآخر . وليس البائع أن يمتنع بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استمداه للتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن المشتري على استمداه لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في البيع (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ٢٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التي أثارها الطاعن بطلب فسخ البيع قد أقامت قضايها على أن الدقيق موضوع البيع شحناً سليماً غير مصاب بالتلف الذي وجده به عند تحمله ، وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفي وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائعة مجبر عليها بتفريغ الدقيق لم نأل جهداً في سبيل الحصول على إذن تسليم يحمل على حافظة الشحنة التي تأخرت ، وأن هناك عوامل تجمعت ولم يكن البائعة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشتري وسببت تأخير البدء في عملية التخليص ، وأنه على فرض حصول أضرار غزيرة أثناء تخزين الدقيق في المراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائعة لأنه هكذا كان نظام التخزين في المراء بمحك الضرورة في ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعي سائق (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا يجوز لمشتري فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع في التسليم إلا إذا أضر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ١٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢١٧ - ١٨٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) . فإذا لم يعذر المشتري البائع ودفع عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتسكك البائع بعدم الإضرار بل ناقش المشتري في نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم يمد البائع بعد ذلك الحق في التمسك بعدم الإضرار (استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض ، فلا يستحق دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفضها بعد دعوى الفسخ (استئناف مخطط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) . ولا يجوز لمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غير جسيم ، كما إذا تأخر في تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨) ، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء مهلة التسليم ==



للقواعد العامة التي قررناها في نظرية العقد وفي نظرية تنفيذ الالتزام (١) .  
فاذا تأخر البائع عن التسليم مثلاً ، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه  
من ضرر بهذا التأخر (٢) ، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسليم  
المشتري إياها متأخرة وكان يستطيع بيعها بضمن أعلى لو أنه تسلمها في  
الميعاد (٣) . بل يجوز للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشتري البضائع التي  
امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على  
إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يجوز له دون إذن ، لكن بعد

---

= ( استئناف مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢٦ ) . وإذا كان البائعون متعددين  
وكانوا متضامنين في التزاماتهم نحو المشتري ، وحصل المشتري حل فسخ البيع لإخلام به  
الالتزامات ، كانوا متضامنين في التعويض المستحق للمشتري ( استئناف مخطوط ٢٦ مايو  
سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٩ ) .

(١) وقد ينقضي المتبايعان في عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري  
فسخ العقد ، وشل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه القاضي إلى  
طالبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشتري الفسخ في هذه الحالة  
ويحل منه إلى طلب التنفيذ ( بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ — الأستاذ عبد الفتاح  
عبد الباقي فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١ ) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد  
البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ما سبق توريده من  
الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتنجيز ( لوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ — دي باج ٤  
فقرة ١٠٤ — أنسيكلوبيدي دالوز vente فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى  
فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩ ) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم ،  
ثم مرض البائع أن يسلم المبيع ، فإن هذا المرض لا يمتنع منه رفض دعوى الفسخ ( استئناف  
مخطوط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١ ) .

(٢) استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٤ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢  
م ١٤ ص ٢٦٤ — ٣ يوفية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧  
ص ١٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠  
ص ١٧٧ ) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن للمشتري الذي باع العين التي اشتراها بأزيد  
من الثمن الذي اشترى به أن يرجع حل البائع في حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذي  
دفعه إليه ، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشترى به  
والثمن الذي باع به فخير ( استئناف وطني ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢ ص ١١٦ ) .

إعذار البائع ، أن يشتري البضائع على نفقته (١) .

ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فإن البائع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي ، كما إذا هلك المبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يغم بالتزامه بالتسليم فيصبح مسئولاً عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، وهذا ما تنتقل الآن إليه ، فستعرض حالة هلاك المبيع هلاكاً كلياً ، ثم حالة هلاكه هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته لتلف أعضائه (٢) .

## ١٦ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - النص من القانون : تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يلبد البائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » (٣) .  
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (٤) .

---

(١) حل أنه لا يجوز المشتري أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتفديد المبني ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول منه من طلب التفديد المبني إلى طلب التمسح ( استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤٧ ) .

(٢) وينقضي بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم ( استئناف مخطط أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠ ) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع النهائي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من الشروح النهائية . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٧ ( مجموع الأعمال التشريعية ٤ ص ٧٥ ص ٧٦ ) .

(٤) التقنين المدني السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دفع لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها لو بمقتضى نص العقد . =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تقنين اللوجيات والقواعد اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (١) .

(= (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٣٠٧/٢٤١ مدني سابق ، وكانت تجعل ثمة الهلاك في الشيء غير المعين إلا بنوعه حل المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان ينبغي أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت ثمة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد حل إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٥ ( مطابقة لمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٤ ) . التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ ( مطابقة لمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا حلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري حلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إبطار المشتري لتسلم المبيع : وإذا نقصت ثمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري غير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع انقاص الثمن ، ٢ - حل أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية . م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على يوم الشراء مع تسمية الثمن إذا حلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه التبيان . أما إذا لم يتم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا حلك أو ضاع دون تدبير منه .

٢ - وما يقتبس على يوم للنظر ، سواء بين ثمة أو لم يكن ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا حلك دون تدبير منه .

( وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وزيد التقنين العراقي بأن يبين من يحصل ثمة الهلاك في القبض على يوم الشراء والقبض على يوم للنظر ، مستنداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤ ) .

تقنين اللوجيات والقواعد اللبناني م ٣٩٦ : يجب حل للمشتري منه صيرورة العقد تاماً - مالم يكن ثمة نص مخالف - أن يحصل : أولاً . ثانياً - غاظر العين للمدينة .

م ٣٩٧ : إذا انقصد البيع حل شيء معين بنوعه فقط ، أو انقصد على شرط الوزن أو العدد أو التقياس أو التجربة أو اللون ، أو انقصد بمجرد الوصف ، فالبايع يبقى متحلاً غاظر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إلّا أن يبين أو يوزن أو يمد أو يقاس أو إل يقبله الشاري أو يملكه .

م ٣٩٨ : إذا كان البيع تحويراً وقد عينت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل المخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، مالم يكن ثمة نص مخالف .

### ٣١٦ - تحمل البائع ثبته الهلاك قبل التسليم مرتب على التزام

بالتسليم : قدما أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويرتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن ثبته هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدما في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين للزوجة المستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكة ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين للزوجة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر ، فانها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب النعم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) يكون على المدين

= م ٣٩٩ : يتحمل البائع غطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو متجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتناؤه ، فالثمر أو القبول يبقى ضمان البائع إلى أن يتم التفوج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ - ٤١٦ من التقنين البيناني وسيأتى ذكرهما . ( وأحكام التقنين البيناني تختلف عن أحكام التقنين المصري ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسي ، في أنها تجعل ثبته الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يحن أو لم يقبله المشتري نهائياً ) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣١ .

(٢) ويراد بالهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض في هذا المس بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستعجل عشية نفلها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن المصادر بينهما ، لا يؤدي إلى انقضاء هذا العقد ، ولا يسوغ =

بالتسليم أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التى تقتضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو مضرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التفتين للمدنى الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد فى البيع ، أما فى الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدنى أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الحصة إذا هلكت .. » (١) .

== ذاته الفسخ ، إذ بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء للبيع الموجب لانتفاخ عقد البيع . ذلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة لمادة ٤٢٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء للبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل عشية الخلف ، فهو إجراء وقى قصده به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بغيرها وهو المئتمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أمر عقد البيع ( نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ) .

(١) أما التفتين للمدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام بالتسليم مستقل و التزام بالتسليم مضرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففى الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشتري ( بلاكبول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٨٠ ) - انظر فى تعليقات أخرى فى القانون الفرنسى لجبل الهلاك على المشتري ، فيقال ثارة إن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال ثارة أخرى إن القرم بالنعم فادام المشتري يفيد من زيادة البيع فكذلك يتحصل ثابة هلاكه : أنسكلومبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٢ هامش ١ ) . ويبدو أن التمدل المنبولى فى القانون الفرنسى لجبل الهلاك على المشتري هو القاعدة التى تقتضى بأن الهلاك على المالك ( res perit domino ) . ففى القانون الفرنسى التزام البائع القرضى هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن ينسحق المبدأ لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوى مادام الالتزام الأصل بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا للبيع ، وباعتباره مالكا له يتحصل ثابة هلاكه .

**٣١٧- هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم :**  
ونفرض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي .  
أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مستثلاً عن الهلاك ، بل  
يكون أيضاً مستثلاً عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر ولا يقتصر على  
رد الثمن (١) . وإن هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، كان الهلاك في هذه  
الحالة على المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى  
البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (٢) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص .  
وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدى ، وهو نص  
المادة ٨٣٥ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين  
النصوص عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل  
المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري  
فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن (٣) .

(١) لكن إذا أمل البائع إهمالاً يسيراً تسبب عنه نقص في المبيع ، فإن ذلك لا يبرر فسخ  
لبيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه  
إذا أمل البائع في جنى القطن المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة  
الجودة المسترطة ، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ إنقاص الثمن فقط (استئناف  
مختلط ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧٩  
في الحاشي .

(٣) وكان في التفتين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٣٧٣ : وكان يجرى  
على الوجه الآتى : « وفي الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب  
نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ،  
فيكون ملزماً بالتقصينات إذا فسخ المشتري البيع ويتقصر الثمن إذا أبقاه . » وقد نصت  
المادة ٤١٥ من تفتين الموجبات والقيود الجنائى على أنه « إذا هلك الشيء المبيع الذى انقضى  
عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق المشتري  
أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لنقص من قيمته ، على الشروط التى بمقتضاها  
يحقق له أن يقدم أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتطلبات ، فمل البائع أن يسلم  
ما مماثلة صفة ومقداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل السطال الضرر =

وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (١).

### ٣١٨ - هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم :

فتقتصر هنا إذن على الحالة التي يكون فيها هلاك المبيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٢) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تنحصر له فعلا إلا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري . فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، فإن التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كمعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه ، وأن يحتج عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى تحميل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا النحو يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليست كما

---

« عند الاتضاء » . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التفتين على أنه إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حاله ويدفع ثمنه كاملاً .

أنظر أيضاً المادة ٢/٥٤٧ من التفتين المدنى ( آنفاً فقرة ٣١٤ فى الهامش ) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك ( بلازيون وريير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥ ) .

وأبنا لإل تطبيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزّم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الالتزام

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قلنا ، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي وهي تجعل المالك على البائع قبل التسليم (١) . ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التفتين المصري إلى الفقه الإسلامي ، وذلك لما رأى أن هذا التفتين سار عليها عمالاً بذلك القاعدة التي أخذ بها التفتين الفرنسي كما سبق القول (٢) .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان عيناً معينة بالذات تنتقل تبعه هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيازة (٣) . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع في الفقه الإسلامي ينتقل الملك إلى المشتري ، فإن القبض يزيده نقل الملك تأكيداً ، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون حلقاً التصرف في المبيع ( أنظر آتينا فقرة ٢٣١ ) ، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فبذلك البائع على المبيع قبل القبض يده ضمان لا يده أمانة ، كذلك يده القايض على سوم الشراء إذا سمى الثمن يده ضمان ( أنظر المادة ٥٤٨ عراق آنفاً فقرة ٣١٥ في الماشي ) . أما إذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسمى لو لم يسم في سوم النظر ، فإن يده القايض تكون يده أمانة ، فبذلك الشيء على المالك لا على القايض وفي من البيان أن الشيء ، في سوم الشراء وفي سوم النظر ، سمى الثمن لو لم يسم ، يعتبر في القانون المصري ودوية في يده القايض ، فإذا هلك يحمل المالك لا القايض تبعه الهلاك .

(٢) ونرى أثر ذلك فيما جاء في المفكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « هذه النصوص ( م ٥٨١ - ٥٨٣ ) تعرض لبيان تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استقى المشروع أحكام التفتين الحالي ( السابق ) فبذلك تبعه على البائع قبل التسليم ، خلافاً لتفتينات اللابنية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزّم للجانبين » ( مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٧٥ ) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل تبعه في الفقه الإسلامي ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر في أن القاعدة التي أخذ بها التفتين المصري مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامي الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٧٩ .

(٣) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز للشايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان المالك على البائع . ولو أن البائع ، بتولية المستوفيه ، آمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه آمن على مستوفيه هولا على مستوفيه المشتري ( استئناف مغلط ٤ يناير سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٢٢ ) .



التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري (١). فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية . ومتى انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل (٢).

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فانه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فان هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك ، بالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (٣) ، لا لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعة الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأهمال التحضيرية : ص ٧٥ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل يقتصر البائع ، فالهلاك عليه حتى لو سلم المشتري المبيع . ولكن لما كانت تبعة الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا سلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل ( نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٨٩ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠ ) .

(٢) ولو كان البيع مطلقاً على شرط ماسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً . وأهلك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً . أما إذا تحقق الشرط فأنسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أى على البائع ما دنا لنا مصدر التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع مطلقاً على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعي ( م ٢/٢٧٠ مدني ) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفذ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشتري . أنظر في ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد حل إمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ — الأستاذ حيد المنتم البدروى فقرة ٢٨٢ .

(٣) استئناف مخطوط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٦ .

### ٣١٩ - إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن

البائع يتكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقياً لتحميل البائع تبعة هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فاذا هلك حتى قبل التسليم الفعل فان هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (١) . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، أى أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٢) »

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معتراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فاذا هلك المبيع بعد ذلك كأن هلكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

### ٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو عابس له : وهناك حالة

خرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وسرى أن البائع حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فاذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس (٢) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشتري بالرغم من

(١) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٢) والمفروض أن الإعذار الذي يتغل تبعة الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون هنالك شئ يتسلم المبيع حالاً ، فاذا أعذر البائع المشتري لتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري يترتب على هذا الإعذار بطل تبعة الهلاك ( الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥٠ ص ١٤٥ ) .

(٣) أما إذا لم يتبين في وضوح بإعذار أو إخطار أو محذوذك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، بل سكت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، فتراسخ تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ،

عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وإذاهلك المبيع في يد البائع وهو حارسه ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

## ٢٩ - تبرة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - المصرح في القانونية : تنص المادة ٤٣٨ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » (٣) .

== ثم هلك المبيع في خلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز لهذا أن يدعي أنه كان حارساً للمبيع ( أنظر في هذا الحق الأستاذ عبد المنعم الديراري فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦ ) .

(١) كذلك هلك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك المبيع في يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها فليس باستثناء حق من القاعدة التي تنص بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قلنا أن الملكية هنا تنتقل بالإقرار ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في لحظة الشحن أو في لحظة التفريغ ، فإذا انتقلت تبرة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ردد هذا النص في المادة ٥٨٢ من المشروع المنهني على الوجه الذي استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥١ من المروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٧٧ - ٧٩ ) .

ويقابل هذا النص في التقنين الملغى السابق المادة ٢٩٨/٣٧٧ (١)

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين الملغى السوري المادة ٤٠٦ - وفي التقنين الملغى الليبي المادة ٤٢٧ - وفي التقنين الملغى العراقي المادة ١/٥٤٧ - وفي تقنين الموجبات والمقود البناني لا مقابل له (٢) .

**٣٢٢- المهرول الجزئي أو نقص القبر بفعل البائع أو بفعل المشتري:**  
وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدنى السالفة الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته وإنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبايع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ،

(١) التقنين الملغى السابق م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، كان المشتري غيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .  
(و يخالف هذا الحكم ما ورد في التقنين المدنى الجديد ، فإن المشتري في التقنين السابق لا يملك إنقاص الثمن ، وإنما أن يفسخ وإنما أن يستق المبيع بكل الثمن . فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشتري للمبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يمس أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذى يحمل ثبته الهلاك الجزئى قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد ، فبمعل المشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع انتهى في صورة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التقنين السابق ، وإذا أبرم بيع بعد ذلك سرت عليه أحكام التقنين الجديد ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين الملغى السوري ٤٠٦ ( مطابقة لمادة ٤٢٨ من التقنين المدنى المصرى . وانظر في القانون المدنى السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٥ ) .  
التقنين المدنى الليبي م ٤٢٧ ( مطابقة لمادة ٤٣٨ من التقنين المدنى المصرى )

التقنين المدنى العراق م ١/٥٤٧ . . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لطف أصابه فالمشتري غير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، ( وتختلف هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى ) .

تقنين الموجبات والمقود البناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التقنين المصرى تطبق لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص

كان هذا هو المستول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلي (١) .

### ٣٢٣- الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة ظاهرة أو عادت فجائي :

فتقتصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . وتكون ثمة هذا الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التي ذكرناها في حالة الهلاك الكلي . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع من الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يتم به البائع كان مستولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فتكون الثبته عليه ، كما كانت الثبته عليه في الهلاك الكلي .

وينبغي على ذلك أن المشتري ، في حالة الهلاك الجزئي (٢) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يلغ

---

(١) وسبق أن قررنا أن الم شروع انتهى كان يقتثل عل المادة ٥٨٣ وتد حلفت ، وهي تتناول كلا من الهلاك الكلي والجزئي أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري ( أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر التفتين للملف العراق م ٢/٥١٧ آنفاً فقرة ٢١٥ في الماش ، وتفتين للموجبات والمقدور البناي م ٤١٥ - ٤١٦ آنفاً فقرة ٢١٧ في الماش ) .

(٢) ويحتر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرساً عليها بناء فينهد البناء ، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التفتين للملف السابق كما قد بنا يميز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقتت محكمة النقض في عهد هذا التفتين بأنه إذا كان البقار المبيع أرساً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأي سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق في ذلك بين حالتي البيع الناقلي للملكية والبيع الذي لا يترتب عليه حفظ قانون التسجيل الجمهد إلا لزامات شخصية ( نقض ملف ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ بمجموعة صر ١ ص ٨١ ) . وفتت محكمة استئناف مصر بأن انهدام البناء وبقاء الأرض لا يحتر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئي ، فلا يفسخ البيع من تلقاء نفسه ( استئناف مصر ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ المادة ١٢ رقم ٢/٢٨ ص ٦٦ ) .

من اجسامه قدرأ بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (١) .

ويلاحظ أنه يمنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان اهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عينياً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٢)

### ٣٢٤ - الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد اعداد المشتري أو بعد

حبس المبيع : وتغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، أو حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشتري تبعته (٣) ، كما يتحملها في اهلاك الكلي ، للأسباب عينها .

## المبحث الثالث

### ضمان التعرض والاستحقاق

### ٣٢٥ - مسؤولية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان

البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تزايد في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم

---

(١) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرأ من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا علة جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

يكن مالكا - وهذا هو موضع الاستحقاق الكل - كان المبيع بيع ملك الغير (١)، وكان المشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق الغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي تعهد البائع بتقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتين الذكر دعوى ضمان ، وهي غير دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقدم بخمس عشرة سنة ، وتتقدم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببها قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولد التصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تتقدم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتتعرض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد ، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره التصوص ، وإذا كانت تتقدم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ ملني ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعوتين الأخريين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : وكل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مهياً على المطالبة بفسخ البيع أو لإبطاله .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستمد مباشرة من القواعد العامة ، وتنتزع من التزام البائع بتقل ملكية المبيع

(١) نفس ملني ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢ ص ١٢٢ .

إلى المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع ، في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان للمبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية للبائع ، واستحق في يد المشتري ، بمقتضى *actio auctoritatis* (بمقتضى سلطة البائع) ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعريفاً فيها إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يرتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن البائع كان يلتزم في العهد الأول بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض بمكر من هلول هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالتزام نقل الملكية ، وإذا قام فله قواعد الخاصة التي يستعمل بها عن الدعاوى المنفردة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال - لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعويض (١) .

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق. فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (*actio ex stipulatu*) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (*actio empti*) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي

---

(١) كولان وكاتينان ٢ فقرة ٨٩٣ - بوهوي وسهنا فقرة ٣٤٩ مكررة - بيدان ١١ فقرة ١٨٦ - بلانول وريجر وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وقرة ٩٥ .



للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكشف المشتري بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع (vendu ut optimus maximus) . أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي ( م ١٦٦٦ ) بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن المشتري بها ، تمثلياً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لضمان عيب خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع القضائية وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سيئ النية لو أنه ضمان عيب خفي (١) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دعوى ضمان التعرض والاستحقاق في التقنين المدني الفرنسي ، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المترعة عن التزام البائع بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري ، إلا أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئي ( م ٤٤٤ مدني ) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع إياه للمشتري شرطاً ضمنياً لعدم الضمان ( م ٢/٤٤٥ مدني ) .

وليس التقنينات اللاتينية هي وحدها التي تحمل طابع التقاليد في ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنينات الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسري ( م ١٠٢ و م ١٩٧ ) منشج بهذه

---

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسينيا فقرة ٣٩١ .

**التقاليد .** أما التقنين المدني الألماني (م ٤٣٤ وم ٤٤٠) فقد تحرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكفي باحتمال وقوعه ، ولكنه في المنقول بقي متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني (م ٣٠٦ وم ٣١١ وم ٣٣٦) من هذه التقاليد ، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماء ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماء ضمان العيوب المادية ، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد ، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١) .

### ٣٢٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان

التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، وموجود إلى مدى أضيق في التبرعات كاذبة . ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يمكن صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر . فإذا كان العقد معاوضة برز هذا الضمان في صورة أوضح ، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابلًا فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل .

فضمن التعرض والاستحقاق ، كضمن العيوب الخفية والتسليم ، كان من الممكن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشروع التمهيدى للتقنين المدني الألماني . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يقلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا الضمان في عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجمل التقنينات التي أدمجت في عقد

(١) كولان وكابيتان ٢ القرعة ٨٩٣ ص ٥٩٨ - ص ٩٩٩ .

البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا التبع سار التقنين المدني المصري ، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المندرجة في عقد البيع ( م ١/٥١١ مدني ) ، وكذلك في خصوص عقد القرض ( م ٥٤٠ مدني ) ، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار ( م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني ) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة ( م ٤٩٤ مدني ) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل في عقد العارية ( م ١/٦٣٨ مدني ) .

**٣٢٧ - التمرض الصادر من البائع والتمرض الصادر من الغير**  
وفي ضمان التمرض والاستحقاق في عقد البيع ، يحسن التمييز بين التمرض الصادر من البائع والتمرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

## المطلب الأول

### التمرض الصادر من البائع

**٣٢٨ - مسائل مُعلّمة :** تبحث في ضمان البائع للتمرض الصادر منه مسائل ثلاثاً : (١) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

**٣٢٩ - (١) متى يقوم ضمان التمرض الصادر من البائع -**

**نصوص قانونية :** تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق

على المبيع يحتاج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالمباراة الآتية : « ويثبت التزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه في العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم الحاجة إليها ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٠ وص ٨٢ - ص ٨٣ ) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٧٤/٣٠٠ : من باع شيئاً يكون ضماناً للمشتري الانضاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضماناً إذا كان الحق عينى للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب الضمان لا يحتاج إل شرط مخصوص به في العقد .  
م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله . وكذلك يثبت حق الارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإلزام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكية أو حق الارتفاق بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء .

ولا يوجد فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآق : (١) تجب ( التقنين الجديد ) حياً وقع فيه التقنين الحال ( السابق ) في المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن للمشتري وجود حق عينى على المبيع لشخص آخر وقت البيع . وينبى على ذلك ألا ضمان إذا ظهر أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت للتاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية . وقد قضت محكمة النقض بذلك ( ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ - ٣ و مارس سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢٦ ) . ويجب هذا الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل هذا نافذاً في حق المشتري طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطع أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون الغير حق عينى على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو أن يكون له حق على المبيع يحتاج به على المشتري ، فيدخل في ذلك حق المستأجر في القرض المشار إليه (ب) وضع ( التقنين الجديد ) الحكم للقاضي بعدم ضلالة حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها أو كانت ظاهرة في مكانه الطبيعي عند الكلام في الارتفاق على تعديل الضمان ، لا عند الكلام في حكم الاستحقاق الجزئي كما فعل التقنين الحال ( السابق ) : م ٣٨٤/٣١٠ . ( والتقنين الجديد ) فيما عدا ذلك كالنقنين الحال ( السابق ) يحمل البائع ضماناً للمشتري إذا لم تصل منزعة الغير للمشتري ==

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي  
المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١) .

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت  
واحد . ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا

= في المبيع إلى زرع من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين  
فعل البائع وفعل الغير ، فالبائع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً منه أن يحول الغير على المبيع حقاً  
يحتج به على المشتري . أما الغير ، فإذا كان تعرضه مادياً أي غير متبني على سبب قانوني فلا شأن  
للبائع في ذلك ، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون في يده من وسائل . وإذا كان  
تعرضه مبنياً على سبب قانوني ، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل  
البائع وجب الضمان ، وإلا فلا يجب . ويلاحظ أن ( التقنين الجديد ) كالتقنين الحالي ( السابق )  
أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق  
أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ٣١ . أما إذا  
اقتصر الأمر على ظهور حق الغير على المقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً ، فلا ضمان على البائع :  
انظر عكس ذلك التقنين البولوني م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع  
المشتري أن يطالب بفسخ البيع ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨١ - ص ٨٢ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٧ ؛ (مطابقة المادة ٤٣٩  
من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ -  
فقرة ١٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة المادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٤٩ : ١- يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله  
أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع  
يحتج به على المشتري . ٢- ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص منه في العقد .  
( وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ -  
فقرة ٤٥٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمى إلى  
غرضين : أولها ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثاني ضمان التناقض والعيوب الخفية  
في المبيع .  
م ٢٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إزماء بضمان ما ، يبقى ملتزماً بضمان فعله الشخصي .  
وكل اتفاق يخالف يكون باطلاً

( وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

( م ٤٠ - الوسيط ج ٤ )

التعرض يقوم إذا صدر تعرض من البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع . فنبحث إذن : (١) أعمال التعرض الصادر من البائع . (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض وهو البائع . (٣) الدائن في هذا الالتزام وهو المشتري . (٤) البيع الذى ينشئ هذا الضمان .

### ٣٣٠- (١) أعمال التعرض الصادر من البائع : لقيام ضمان التعرض ،

يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع المشتري بملكية المبيع . فيجب إذن توافر شرطين :

( أولاً ) وقوع التعرض فعلاً ، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكتفى (١) . فإذا هدد البائع المشتري بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض مادام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل (٢) . وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية ويأدر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثانى لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى لإبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . ويترتب على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يبرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٣) .

( ثانياً ) أن يكون التعرض الذى وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع البائع بملكية المبيع (٤) . ويستوى في ذلك أن يكون

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ٣٣٢ .

(٤) ويضاف عادة أن يكون العمل بما يتعارض مع التزامات البائع ( الأستاذ عبد الفتاح عبدالباقى فقرة ١٣٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٠ - فارن أوبري ورو ٥

فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ ) .

التعرض مبنياً على سبب مادی (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) (١) .

والتعرض المبنى على سبب مادی قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . ويلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير يعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذي يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عمله الأسبقين ويمنحهم إليه بحكم العادة (٢) . فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه بالمبيع (٣) ، ولو أن أجنبياً هو الذي أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبي غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٤) .

= وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بودري وسينيلا فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ - كولان وكاينان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر عملاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وتعهده في عقد البيع بالألا يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح عملاً بنفس البضاعة التي بها المحل المبيع والتجر في بعض أنواع البضائع التي شملها عقد البيع ، فقد أغل بواجب الضمان الذي يلزمه بوصفه بائناً ، كما أغل بالشرط المنفق عليه في عقد البيع . وإن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري في بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذي أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أي ضرر غير ذلك (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١) .

(٤) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعه من كتابه لناسخ ، فلا يجوز للمؤلف - ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك - أن يعيد طبع الكتاب =

أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف ، فانه يكون مسئولا عن عمله كأى شخص آخر ارتكب عملا غير مشروع ، لا كبايع ملتزم بضمان التعرض (١) .

ومثل القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنتقل الملكية إليه دون المشتري الأول ، فيتزعزع منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثانى فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية ، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلين المتقدمين صدر التصرف الثانى من البائع - وهو تعرض مبنى على سبب مادى كما قدمنا - بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده . فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشتر أول بادر إلى تسجيل البيع فى العقار أو إلى تسليم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه إلى مشتر ثان ، فالبيع الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجزئه المشتري الثانى فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبنى على سبب قانونى ( trouble de droit ) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع فى مواجهة المشتري ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً

---

= قبل نفاذ نسخ الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) . ومن أشكته كذلك أن يبيع شخص مصنعا يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه بئى فى ملك البائع ، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث ينتج توليد الكهرباء أو يقل ( بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة - بلانويل وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢١١٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البائع يكون مسئولا إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، ثم ألقى الميدان بعد ذلك وقسمه أجزاء ليبيعه ، لأن فى ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمنظر الميدان ( استئناف وطنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠ ) .

(١) بلانويل وريير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣ .



على البيع أو لاحقاً له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه الملكية من البائع يرغب البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار ، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينتزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه ضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية البيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٤٦٧/٢ مدني) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب افتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بناء بهذه المواد على أرض البائع فلها البائع بالالتصاق ، ولو تحقق هذا الفرض فعلا فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا سبباً أو حاسماً في التوبة .

بقى من أسباب الملك التصادم ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

---

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أقرض المبيع بموجب قسيمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطلب بإبطال القسيمة ، لتلا يظل البيع فيكون هذا تعرضاً منه سبباً على سبب قانوني (أوبري ودو • ققرة ٣٥٥ ص ٧٨ مجلس رقم • - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٢٣ ص ٢٢٢) .

٣٣١ - تملك البائع المبيع بانتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حازراً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حازراً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البائع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بانتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حازراً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها ويبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فننقل إليه الملكية بالتقادم وتنقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعاً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، وسواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان التعرض . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك متعصبا لها ، فإنه يكون متعرضاً للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التي تدل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا انقضت خمس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، تم أمران : ( أولاً ) سقطت دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط . ( ثانياً ) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يستطيع المشتري أن يمتنع عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . ونرى من ذلك أن البائع يستطيع أن يملك المبيع على المشتري بالتقادم إذا

بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان  
المتعرض . ذلك أن التقادم سبب قانوني للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب  
استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يملك بهذا السبب حتى لو كان بائعاً (١)  
للشيء الذي يملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : « متى كان الأساس  
التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب  
مشروع للتملك لدى واضع اليد ، كان القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية  
المقار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري  
يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان  
هذا القول مخالفاً للقانون » (٣) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٤) إلى عكس

(١) فلا مسئولية على البائع مادام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلاً أن ينفذ  
على المبيع يدين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي  
فيكرن له كذلك أن يملك المبيع بالتقادم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ  
منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ  
جميل الشرفاوي ص ٢٣٠ - ص ٢٣٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٢٩١ - الأستاذ  
منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع مقاراً ولم يسجل المشتري حقه البيع ، فاستبق البائع الملكية مع الحيازة خمس عشرة  
سنة ، فإنه يبقى مالكا كما كان دون حاجة إلى التمسك بالتقادم المكسب ، ولو فرض أن المشتري  
سجل البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد  
وضع يده على مقار غير ملوك له منه البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المصنفين  
على الرأي الذي نقول به . في أن يسجل المشتري حقه البيع بعد مضي مدة من صدور ولكن قبل  
انقضاء خمس عشرة سنة ، في هذه الحالة يصبح المشتري مالكا للمقار المبيع من وقت البيع بالنسبة  
إلى البائع بفضل الأثر الرجعي للتسجيل ، فلذا أكل البائع مدة التقادم كان واضعاً يده على ملك  
غيره منه البيع ، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ -  
١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف  
مخلف ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ١٩ م ٥٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ -  
أول يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٧٢ .

وقد سلمت محكمة النقض في حكم آخر بجزأ التمسك بالتقادم المكسب دون التقادم المسقط ،  
قضت بأن من أحكام حقه البيع إلزام البائع بضمان عدم تنازعه المشتري في المبيع ، فيحتج عليه =

وهذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشتري ، لأنه ملتزم بضمان وهذا الالتزام أبدى لا يسقط بالتقادم (١). ومن اليسر الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلاً فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلاً (٢).

### ٣٣٢- (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع -

عزم قابلية الالتزام بالتقادم : الملتزم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان (٣). ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

== أبداً التعرض للمشتري ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وفح اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة الملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المظنون عليهم يسقط حق الطاعة لمقودها عن رفع دعواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة المستتعة قانوناً على المظنون عليهم بمقتضى إلزام القانون موودهم بالضمان السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المظنون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون ( نقض مدع ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩ ) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتسكك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه ( أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ - ص ١١٦ ) .

(٤) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣ .

(١) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبري ورو ٥ بقرة ٣٥٥ ص ٦٣ - يديان ١١

بقرة ٢٠١ - كولان وكابيتان ٢ بقرة ٩٠٤ .

(٢) قارب بلايول وروبير وهابل ١٠ بقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٣) وفي البيع الجبري يعتبر المدين بالماً ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يعرض الراس عليه المزايد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كان يحمى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب الملكية ( استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الفرنسية ٤٨ رقم ٢٤٩ ) .

العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في التركة . فإذا باع شخص عيناً مملوكة لوأته ثم مات ، فإن الوراث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثته عن مورثه ، فإن هذا الالتزام لم ينتقل إليه (١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوراث من التركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار . أو ليطبقه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقى في التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان البائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائر البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه ، فإن هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والتزام البائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالبيع ، فهو إذن التزام غير قابل للاقسام (indivisible) ، حتى لو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بلمعة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعدين ، بل يكون كل منهم مدين بالالتزام كله . فلو كان شخصان دأراً في الشئوع ،

---

(١) الأستاذ عبد المتعم البدرابوي فقرة ٢٩٢ — الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٠ هامش ٢ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٦ ص ١٥٦ — ص ١٥٧ — وقانون الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ وفترة ٢٢٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨١ — الأستاذين أسد نجيب المللاي وحامد زكي فقرة ٣٤٧ .

وباعاها معاً ، ألزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في التصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فإن الشخص الأول يبقى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري التصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين وروثاً داراً باعاهما معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقهاء في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقهاء في مصر (٢) .

### ٢٢٢- (٣) الرائى في الالتزام بفحصه المصادر من البائع: الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض

(١) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥-١-٢٣١ . أنجلس سنة ١٨٣٠ سيرة ٣٠-١-٣٩٥ - نقض بلجيكي ٥ يوتيه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦-٢-٢٠٩ وباسكيونى ٥٦-١-٣٠٨ - جيواو ١ فقرة ٣٤٣ فقرة ٣٤٤ - أربري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ حاشى ٨ ١٢-١٢-٢٤ فقرة ٢١٥ - بودى وسينا فقرة ٣٦٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣ - كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣ - ويسترش بولانييه حل هذا الحكم ، ويحيل إلى التمييز ما بين التعرض المبني على سبب مادي وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبني على سبب قانوني وهو قابل له ( بلانيول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٢٥١٦ - وانظر أيضاً جوران ٢ فقرة ١٠٩٦ ) .  
وكان الحكم في القانون الفرنسي القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام ينقسم ، فإن استرد البائع الأول التصيب الذي لم يبعه في الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا يتجزأ عليه الفسلفة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثاني بما دفعه عنه ( برتنيه في البيع فقرة ١٧٣ ) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٦٦ ص ٢٢٠ - الأستاذ محمد النعم البدراوى فقرة ٢٩٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٣٤٧ - فقرة ٣٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

عادة . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار ، كان للوارث أن يحتج عليه بالزامه بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عينا غير مملوكة له ثم ملكها ، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ الضمان ، فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فاذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض مع دائته في بيع غير مسجل . فاذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فبقى العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل

---

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص سوهوباً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع لوابه ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع رفعها باسم الوابه ( يهودي وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ ) .

المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١).

وضمان التعرض واجب في بيع المزداد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى كما قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسنرى أن ضمان العيوب الخفية لا يجب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه « لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد » . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزداد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بزمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزداد (٢) .

### ٣٣٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع :

التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يتمتع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع

---

(١) وقد نصت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذا فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيماً على أن تزعم ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما سكت دائن البائع الشخص من تزعم ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه ( نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ بحجرة محرر ١ وقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ ) .

وضمان التعرض في ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانان واجبان حتى في بيع غير مسجل . ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نفذ الدائن الشخصي البائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ » ( بحجرة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ ) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأطل بالشفعة . ويميز أيضاً لسترد حصة شائعة في منقول باعها أحد الشركاء لأجنبي ( م ٨٢٣ مدني ) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .



أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم (١). فإذا أحل به البائع بأن تعرض فعلاً للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشتري في المتجر المبيع ، وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهدد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (٢) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسرد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع

(١) بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٢) بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٩١ ص ٩٥ - عيد الفتح عبد الباقي فقرة ١٣٨ .

الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري  
والبائع ملزم بعدم التعرض<sup>(١)</sup>.

وفي أحكام بيع ملك الغير مايتفق مع ماقدمناه من الأحكام . فالبائع إذا باع  
عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت  
الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة  
أن يسترد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع  
أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك  
الغير للإبطال إنما تقورت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع  
لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان<sup>(٢)</sup> .

### ٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعريض أصل من أصوله التعرض الصادر

مع البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :  
« إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ  
عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك »<sup>(٣)</sup> .

ويعرض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعريض

---

(١) وقد أورد كولان وكايتان مثلاً التعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر  
منه في عين غير مملوكة له ، فيعد هذا تعرضاً منه للمشتري ولا تقبل دعواه ( كولان وكايتان ،  
فقرة ٩٠٤ ) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطن في سند ملكيته للمبيع ، فإذا قبل هذا الطعن  
فأثر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشروع ، وباع حصته التي  
أفرزتها هذه القسمة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القسمة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من  
شأنه أن يؤثر في حق المشتري للقسمة المفروزة ، فيمتنع الطعن تعرضاً منه للمشتري ، ومن ثم  
لا يسرى في حق هذا المشتري . ( انظر في هذا المدني بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥  
هامش ٢ ) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المماثلة له في التقنين المدني السابق وفي التقنينات  
المدنية العربية الأخرى مايلي فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد  
وبين التقنين المدني السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

حكام ضمان التعرض ، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان<sup>(١)</sup> . ويوجد إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلتزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشتري فى ملكيته للمبيع وفى انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً يقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً سلعة معينة ، ويريد المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان<sup>(٢)</sup> .

وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يتعامل فيها المتجر المبيع ، ففى هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتعرض<sup>(٣)</sup> .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جائز ، ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلاً . ففى المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان . كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويصدر المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان<sup>(٤)</sup> .

---

(١) والمقصود بمبارة • عدم الضمان • الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدق هو إسقاط الضمان لا إنقاصه ( أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الحامش و فقرة ٣٥٩ فى الحامش ) .

(٢) أنظر فى أمثلة أخرى لتشديد الضمان أوبرى دىو • فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ وحامش رقم •

سكرو رايم - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١

(٣) أنظر فى أمثلة أخرى لإنقاص الضمان بودوى وسيتيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ -

بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان الواردة فى البند الحادى والشرين من =

ولا يجوز أيضاً أن يحتج البائع بحق له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد قد اشترط عدم الضمان . وقد روى في هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسئولته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئولته عن غشه أو عن تقصيره (١).

## المطلب الثاني

### التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل تطرأت : نبحت في التعرض الصادر من الغير نفس المسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

### ١٩ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - خطة البحث : ونتبع هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها في التعرض الصادر من البائع ، فنبحت : (١) أعمال التعرض . (ب) المدين في الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشئ هذا الضمان .

٣٣٩ - (١) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض

---

== شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداء أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط من البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالمهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من لعله وبعد رسو المزاد (نقضي مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) . (١) بوردو وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

فعلا . (ثانياً) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان تألياً له وجب أن يكون الغير قد اعتمد من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أنه يقع التعرض فعلاً : قدّمنا أن المادة ٤٩٣ مدني تقضي بأن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه » سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يمتنع به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فيدعى الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الغير ،

(١) نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً ، بل غيب من وقوعه ، فإن هذا لا يمكن لتحقق الضمان . ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً (م ٢/٤٥٧ مدني) . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، ونشئ من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يسترد الثمن لحبه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يكون له الحق في طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١ ) .

ويرتقب على ما قدّمناه أن مجرد وجود حق ومن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المزمّن لم يتخذ أي إجراء على العين المبيعة ( نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف مخطوط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣ ) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أنقضى الدائن المزمّن المشتري بالدفع أو التخلي ، يكون التعرض قد وقع فعلاً (استئناف مخطوط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق ومن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يجوز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٨ ص ١٢٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٤٣) .

كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، فإن هذا لا يمكن لتحقق الضمان ، وللمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فإن لم يسلم = (م ٤١١ - الوسيط ج ٤)

فقد نكون دعوى استحقاق كلى يطالب بموجها الغير المشتري بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى يطالب بموجها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن يطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاع يطالب فيها بحق ارتفاع على المبيع ، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير على المشتري بمقد إيجار صدر له كمتأجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى فى هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع فى يد الغير ، فيرفع عليه المشتري بعد صدور البيع دعوى يطالب فيها به . فيتمسك الغير فى هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع بدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشتري . فالتعرض إذن يكون واقعا فعلا من الغير ، بدعوى ترفع أمام القضاء يكون فيها الغير إما مدعياً أو مدعى عليه (٢).

= بدعواه بل ادعى أن له سناً على المبيع تحقّق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . ومجرد الخشية من الاستحقاق لا يمكن (استئناف مخطط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يمكن عدم تسليم مستندات الملكية ما دام لم يتعرض أحد المشتري . (استئناف مخطط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا مجرد عدم إثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مخطط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مخطط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يمكن الرجوع بضمان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مخطط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذ لا صفة لبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المأمأة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الاستحقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مخطط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتهن إلى نزع ملكية الغار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحالة كما قلنا بمجرد إنفاذ المشتري بالدفع أو التخليه ، فيجوز عندئذ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع منه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز المحل على البائع بفرامة تهديدية حتى يقوم بجمع التعرض (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ ويشير إلى حكين فى هذا المعنى) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع المشتري دون منازحته فيه من الغير . فإذا جبر البائع من التسليم أو جبر من كف منازعة =

على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضرورياً لوقوع التعرض فعلاً ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه (١) ، فيسلم له ادعائه أو يصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٢) . ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشتري ، وعندئذ يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان . والثاني أنه حتى إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فإن له ، طبقاً للمادة ٤٤٢ مدني . أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه للبائع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، وسيأتي بيان ذلك .

كذلك يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ،

---

١- الغير المشتري وجب عليه الضمان. وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك، إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتمنر للتسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكه الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من المشتري . وإنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التضييعات ( نفق مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المادة ٢٠ ص ١٣٦٤ ) . ولا يفهم من هذا الحكم أن الضمان في الحالة الأولى محصور في بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك أن ضمان الاستحقاق يقوم حتى في هذه الحالة ، ويكون للمشتري الخيار بين إبطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع ( أنظر الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٥ ص ٥٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ - وانظر بودوي وسينيلا فقرة ٢٥١ مكررة ثانياً - ص ١٢٨ ) .

(١) وقد يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب قوية، كما إذا كان المبيع مرهوناً فينبغي لهادن المرتهن ( بيان ١١ فقرة ١٩١ أولاً ) ، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الواهب بعد الهبة ولداً أو كان الواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي ثم يرجع الواهب في هبته ( م ٥٠١ حرف ج مدني ) . أنظر في هذا المعنى بودوي وسينيلا فقرة ٢٥٠ ص ٣٢٧ - أنسيكلوبيدي دالورز ٥ لفظ vente فقرة ١٢٩١ .

(٢) أنظر المادة ٤٤٢ مدني وسيأتي بيانها - وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - أن ١١ فقرة ١٩١ ص ١٤٥ .

ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصي المالك له بها فننقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري (١) . ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلا ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويتربى على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا يتحقق إلا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان التعرض إلا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوت الاستحقاق (٣/٢٨١ مدني) ، ومدة التقادم في الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرتباً لضمان التعرض والاستحقاق دائماً كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٢) .

### ٣٤١ - ثانياً : أنه يكونه التعرض هو ادعاء الضمير عقلاً على البيع :

هنا يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب

---

(١) أو يكون البيع مرهوناً ، فيدخل المشتري في المراد ويرسو عليه بتكاليف أكثر فيرجع بدعوى الاستحقاق على البائع ، أو يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا يتابع العين فيرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق (بودري وسينيا فقرة ٣٥٠ ص ٣٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز - لفظ vente فقرة ١٢٩٥) .

(٢) لوردان ٢٤ فقرة ٢١٦ - أوبري ورو - فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - بودري وسيبيا فقرة ٣٥٠ - أنظر أيضاً بلاكول وريبر وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٩ (ويميلون إلى القول بأن المشتري يمكن في هذه الأحوال بدعوى الفسخ أو دعوى إبطال بيع ملك الغير) .

(٣) نقص مدي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - دسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ المحقق ٣٢ ص ٤١ - استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٠ ص ٢٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢/١٦٥ ص ٣٤٢ - استئناف مخطط ٢٢ دسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ - ٣٠ دسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ - استئناف مخطط (دوائر مجمعة) ٢٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٦ .



قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانوني أو مبنياً على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني .

فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادي ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير يدعي في تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو يلجأ في تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا يدعي في كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فإذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري في ذلك الحماية العامة التي يولها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع في جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر يسبب هذا التعلل المادي ، وليس للبائع شأن في شيء من ذلك . وإذا كان المبيع متقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى جواره متجراً مماثلاً ونافس المشتري منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة . وإذا كان المبيع داراً ، وأجرها الغير دون أن يدعي أن له حقاً في إجارها ، فهنا تصرف قانوني يعتبر في حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن بطرد المستأجر من داره وأن يقاضي الغير الذي أجر له بالوسائل التي ينوئها إياه القانون . فإدام الغير لا يدعي حقاً ما على المبيع يحجب به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادي ، ولا يكون البائع

---

(١) نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان  
التمهيد منصوصاً عليه في العقد) — استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٩٥ م ٨ ص ٢١٠ —  
٢٠ مارس سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١٨٣ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٩٧ م ١٠ ص ٥٩ .

ضامناً له أو مستولاً عنه (١) .

وحق يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع يحتاج به على المشتري في دعوى برفعها عليه (٢) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذي بطلناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (٤) .

وهذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع ويحتاج به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدني السابق ( م ٣٧٤/٣٠٠ ) بشروط أن يكون حقاً عينياً (٥) ، فصحح التقنين المدني الجديد هذا الخطأ

---

(١) استئناف مغلط ٤٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٩٦ - وإذا كان التعرض المسمى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا بموجب التزامه بالضمان ، بل بموجب التزامه بالتسليم ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩ ) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرشوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستعفاف ( نفس مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١ ) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب خطأه في هذا التعرض ، كمن كان قد تهدد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه فزاع الدائن المرتهن ملكية المبيع ( استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المنيا ٢٢ يولي سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢ ) .

(٤) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩

(٥) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٠٠ مدى صريحة في أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحق المستأجر على المدين المزعومة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة ( نفس مدى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦ ) . وأنظر أيضاً : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٨ ( لا تدخل في الإجابة في عبارة التكاليف ) - استئناف مغلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

وأطلق ولم يشترط في الحق أن يكون هيئاً (١) .

ومثل الحق العيني الذي يدعيه الغير على المبيع حق الملكية هل المبيع كله أو هل جزء منه شائع أو غير شائع ، فيقدم الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه ويطالب برد ما يدعيه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلي أو جزئي (٢) . وقد يكون الحق العيني حق ومن يدعيه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز ، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر (٤) ، أو حق ارتفاق (٥) . ولم يميز التقنين المدني المصري بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التي تقدم ذكرها ،

(١) انظر آتفاً فقرة ٢٢٩ في الماش . والمبررة بتاريخ البيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشيء ليس جزءاً من المبيع ، لم يتحقق الفناء حتى لو طعن المشتري خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مفروسة في حدودها فظنها تابعة للأرض ، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هي للجار ، فليس المشتري أن يرجع على البائع بالفناء في هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار في المبيع ( بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مذكورة ثالثة ) . ولكن سنرى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للبيع الطمان المشتري إلى وجوده ، فسمته البائع حتى لو لم يذكر في عقد البيع ، فلو تبين أنه غير موجود وجع المشتري على البائع بالضمان ( انظر ما يلى فقرة ٣٥٨ في الماش - بودري وسينيا فقرة ٢٩٠ ) وقد قلصنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان المبيع في مقدار المبيع .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق وجه قانوني ، ويشمل ذلك وجود دين شخصي على مورد البائع وحصول الدائن على حكم بدنه ثم هل حق انتفاع على المبيع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة جمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مخطئ ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يريزية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٤٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٢١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض واجباً إلى أن التمتع قد باع المبيع ومنه حقوق ارتفاق تقررت لقائده ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئي . ويجب لتحقق الفناء أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة في عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد الطمان إلى وجودها فتكون في حكم المذكورة ضمناً ( أوبري ورد ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٧٨ - بلانويول وبيير وعامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠٢ وعامل ٥ رقم ٤ ) .

كما ميز التقنين المدني الفرنسي حق الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدني فرنسي) لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الرماني وقد سبق بيانها (١). بل إن التقنين المدني المصري جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية ، وشملها جميعاً بالعبرة التي وردت في المادة ٢٩٩ مدني : . . . فعل أجنبي يكون له . . . حق على المبيع » .

ومثل الحق الشخصي الذي يدعيه الغير حق المستأجر . فإذا كان الغير يدعي أنه مستأجر من البائع العين المبيعة بايجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع ، واحتج بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٢٠٤ مدني ، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع . ويلتجى بذلك أن يدعي الغير ، وهو مستأجر للعين المبيعة ، أنه دفع الأجرة مقدماً للبائع ، ويحتاج بمخالصة صادرة من البائع ، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك ، فيكون تحسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع .

### ٣٤٢ - ثالثاً - أنه بكونه الحق الذي يرميه الغير سابقاً على البيع

أو بكونه نابار ولكنه محمى من البائع : ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع (٢) حقاً يدعي أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٥ .

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به منصباً أصلاً على المبيع ، لا أتياً عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن . فإذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع ، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضمها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، فرفض المشتري على البائمين دعوى بطلب قبضة هذه البقية التي هي زائدة على الثمن الذي سبق أن دفعه ولم يلبثك المرتهن ، فإن تكليف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكليف غير صحيح . والصحيح الممول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف . وحكم هذا العقد أن المشتري خلف البائمين في ملكية الألبان التي اشتراها منهم مرهونة مع الألبان الأخرى ، وأن ضمان البائمين من ناحية مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الألبان المبيعة فيه وقت التعاقد أكثر مما ذكر في العقد . =

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : . . . فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع . . . ، فإذا سلم الغير أن الحق الذي يدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . ويرجع ذلك في كثير من الأحوال إلى أن الحق الذي يدعيه الغير ثبوته بعد البيع لا يحتاج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق مما يحتاج به على المشتري كما قدمنا . فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ، فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالاً ، لم يتحقق الضمان ، ليس فحسب لأن الحق الذي يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحتاج به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع وكان هذا هو المالك الحقيقي للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع ، وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقي الذي باع للغير ، وهذا حقه ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضاً لأنه حتى لا يستطيع المستأجر أن يحتاج به على المشتري . ولكن قد يتحقق في بعض الأحوال أن يكون الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشتري ، فلا يكون البائع عندئذ مسئولاً عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين المبيعة على المشتري بمدة الإيجار بموجب قانون استثنائي صدر بعد البيع ، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً . وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائي القاضي بمدة الإيجار قد صدر

---

== وأما باقي الدين الذي يصيب الأديان الأخرى المهرونة مع الأديان المبيعة فلا شأن للبائعين بضمانه ، ولا تطبق على بيعهم أحكام القانون المدني الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه فغير أو عند نزع ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشتري في هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دونه بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، على أصحاب الأديان الأخرى التي فك رهنها عن طريق هذا الدفع ( نفى مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤ ) . ويمكن القول هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذي يدعيه الغير ( الدائن المرتهن ) لم يثبت إلا بعد البيع ، أي عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضمانه الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسنرى أن البائع لا يضمن حقاً لغير يثبت على المبيع بعد البيع .

قبل البيع ، إذ يكون حتى المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب الضمان على البائع (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص عيناً مملوكة له ولكنها في حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وتبقى العين بعد البيع في حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) . فيممتلكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حتى الغير على العين ، ولكن البائع لا يكون مسئولاً عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣) . إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيع العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولاً عن الضمان ، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم يبيع العين ، فإن المشتري لا يتيسر له في الشهر الباقي لتتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لتقطع التقادم ، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسئولاً عن الضمان (٥) .

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدهيه الغير لاحقاً للبيع ، إذا كان المشتري قد استمد هذا الحق من البائع نفسه . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني : « ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(١) بودي وسينيا فترة ٣٥٢ - بلانيول وريير وحامل ١٠ فترة ١٠١ ص ١٠٦ وحامش رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيمتلكها بمدة التقادم القصير وهي خمس سنوات (استئناف مخطط ١٤ مارس ١٩٠٦ ١٨٠ ص ١٤٨) .

(٣) أوبري ورد ٥ فترة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودي وسينيا فترة ٣٥٤ - بلانيول وريير وحامل ١٠ فترة ١٠١ ص ١٠٧ - ييدان ١١ فترة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فترة ٢٢٢ .

(٤) نفس مدني ٣١ مارس سنة ١٩٨٩ مجموعة حر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤ .

(٥) أوبري ورد ٥ فترة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودي وسينيا فترة ٣٥٤ - بلانيول وريير وحامل ١٠ فترة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك ييدان ١١ فترة ١٩٣ .

كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه . فإذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشتري الثاني وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري الثاني وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبار المتقدمة (١) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد المائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري (٢) .

وفي الأحوال التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو في وقت واحد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت

---

(١) ويلاحظ أنه في حالة بيع المنقول مرتين ، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحاضر لأن البائع ، بل من المشتري غير الحاضر ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : « إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه » . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع ( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٦١ حاشي رقم ١ ) . ويجب الضمان إذا نزعت ملكية المبيع للمصلحة العامة في الفترة ما بين العقد الإيجاعي والوقت المحدد لإلغاء العقد النهائي ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزعت عن البائع فأبى سبب الاستحقاق من جهته ( استئناف مخطوط ٣ د ج ٥ سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ ) .

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو نظم البائع من نظام الري المقرر في منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تطلعه تغيير هذا النظام تغيراً أضر بالأرض المبيعة ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٣٥٧ حاشي ٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠ ) .

(٢) بومدي وسهيا فقرة ٣٥١ مكررة .

البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسأبقى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق ، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان .

### ٣٤٣ - (ب) المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من

الغير - عزم قابلية الالتزام وقابلية الملتزم - المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر

---

(١) وكفك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فيجب فى القانون الفرنسى أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . أما فى التقنين المصرى فالذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويتربط كل ذلك أن الضمان يستحق فى هذين الحقتين الآخرين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان . وحق الرهن لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، ومن ثم يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان ( أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلايول وديبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ فقرة ٩٩ وفقرة ١٠٢ ) .



منه وضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (١). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام ، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو ، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة . فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات ، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث ، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولة ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية ، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٢) . وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئصال ديونها ، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقي . كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه ، إلى الخلف الخاص . فلو أن شخصاً باع عينا لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية ، ثم باع نفس العين لمشتري ثان ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن الضمان نحو المشتري الثاني ، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسؤولاً عن الضمان .

ولا يمتد التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته ، كما لا يمتد إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه . فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، ولم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للمشتري في حالة استحقاق المبيع الغير إلا حق الرجوع عن البائع بالضمان . فإذا كانت الأعيان ملكاً لوقف ، وباعها الباطل على أساس أن تبادل فيباع الوقت ، ثم باعها المشتري إلى آخر ، ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقت لها ، فلا يحق لهذا المشتري ، إذا ما حكم بالتزامه برد أعيان الوقت ، أن يطلب تسليمه أعيان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقت يده عليها بطريق البذل ، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه ( نقض ملف ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨ ) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع ، ولا يلزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة . ولا يلزمون به في أموالهم الخاصة ، حتى لو شملت العين موضوع الضمان إذا خرجت من ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته ( استئناف أسبوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٥ ) .

يسجل المشتري البيع ، وكان دائر البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في رزع ملكيته ، فان التعرض للمشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يمتنع على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يمتد إلى الدائن .

ولكن كفيل البائع يكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فاذا باع شخص عيناً وكفله في البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المباعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والالتزام البائع ضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سئرى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعلو التنفيذ العيني . وهذا الالتزام في صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً ، يكون غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبي بدهى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عينياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبي يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن الالتزام في صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ،

---

(١) ويرفع الأجنبي مادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدخل المشتري أحد البائعين ضماناً في الدعوى ، وكل هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبي لا أساس له في كل الدار لا في نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضماناً معه في الدعوى ليحاوونه في هذا الإثبات ، ولينجمل منه ممرونات الدعوى عند الانتضاء ، والممرونات قابلة للانقسام فتقدم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، وليحكم عليهما بالتعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبي الدار ، والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سئرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه في الدار ( لوران ٢٤ : ٢١٢ - جيوار ١ : ٢٤٠ - لوبري ورو ٥ : ٢٥٥ هامش ٧ وعاش ١٠ - بلانول وريير وعامل ١٠ : ١١٠ - كولان : كاييتان ٢ : ٩٠٣ ) .

يكون قابلاً للاقتسام، لأن عمل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الاقتسام بطبيعته (١). في المثل المتقدم، لو نجح الأجنبي في تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه في الدار، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢).

### ٣٤٤ - (ج) الرأى في الالتزام لضمان التعرض الصادر

مع الغير: الدائن هنا هو أيضاً المشتري، كالدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع، فهو الذى يقع عليه التعرض في الحالتين. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فلو أن شخصاً اشترى داراً وتركها لوارث، وتعرض أجنبي للوارث في الدار، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مودعه يستطيع أن يرجع.

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة، فلو أن شخصاً باع داراً، وباع المشتري الدار لمشتري ثان، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير لأنمو المشتري الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشتري الثانى وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة. فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثانى بعد أن أثبت ملكيته لها، فإن المشتري الثانى يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له، بموجب عقد

---

(١) استئناف مخطط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٠ - ويتنقسم التعويض على البائعين المصددين ما لم يوجد شرط بضمانهم (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٢٢٠).

(٢) لوران ٢٤ ققرة ٢١٣ - جيوارد ١ ققرة ٣٤٠ - بودوى وسبانيا ققرة ٣٦٧ - ققرة ٣٦٨ - بلانلير وريير وحامل ١٠ ققرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ حاشي رقم ٤) - كولان وكابيان ٢ ققرة ٩٠٣.

ولكن لو مات البائع للالتزم بضمان الاستحقاق وترك وروثة مصددين، فإن التركة تكون مسؤولة عن ضمان الاستحقاق، ولا يتنقسم على الورثة (الأستاذ محمد حلي عيسى ققرة ١٤٢٤ - الأستاذان أحمد نجيب الملائك وسليمان زكي ققرة ٣٤٧ - وقارن الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٢٧).

البيع الصادر له من هذا المشتري الأول (١). ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائي المشتري الأول (٣). ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قلنا (٤). وهذه الدعوى المباشرة لها ميزتان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قلنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كان

---

(١) وإذا رجع المشتري الثاني على المشتري الأول ، كان للمشتري الأول أن يرجع على البائع بما آداه هو للمشتري الثاني ، وقد يزيد على الضمان الذي كان يرجع به على البائع لو أن العين استعنت في يده ولم يهبها لمشتري ثان . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بألف ، وباعها المشتري الأول للمشتري الثاني بألف ومائتين ، ثم استعنت العين في يد المشتري الثاني فرجع على المشتري الأول بألف وخمسة مائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التي دفعها له ثمناً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذي تقاضاه من المشتري الثاني ، بل يرجع بألف وخمسة مائة وهو المبلغ الذي آداه المشتري الثاني نتيجة لضمان الاستحقاق (بلائيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٢٠ ص ١٣٠) .

(٢) استئناف غنط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطلب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، لأنه يتصل بدعوى المشتري الأول لا دعواه هو . وتتناول الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، فن كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتيناها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجبوعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١/٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجبوعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٤ ص ٢١٨ - استئناف غنط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٢٠٠ ، واستعنت العين في يد المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ =

يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائماً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدنية لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول كما قدمنا ، فلا يبقى أمامه إلا الدعوى المباشرة يرفعها على البائع (٢) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

وبستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحققت العين في يد المشتري ، فإن دائن المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يزاوجه في هذه الحالة سائر دائني المشتري وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

---

= ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع هذه الألف فقط ، فن الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع بهذا المبلغ المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو للمشتري الأول ( بودري وسيتيا فقرة ٣٧١ ) .

(١) أو يكون هناك واجب بدلا من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لأخر وجهها الآخر لثالث . والواجب لا يضمن في الأصل استحقاق الثمن الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواجب ، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع الواجب ، وذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بموجب عقد الهبة ( أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودري وسيتيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥١٢ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٧ ) .

(١) استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ يونيو سنة ١٩١٢ م

٢٥ ص ٤٢٤ .

( م ٤٢ - الوسيط ج ٤ )

## ١٤٥ - (د) البيع الذي يقتضيه العمامه - وكل بيع ينشئ ضمان

البائع للعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للعرض الصادر منه هو فيها قديمته . ويستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام في العرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه هناك ينطبق هنا (٣) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع للعرض الغير واجب في بيع المزاد ، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدني) . فإذا باع الدائنون مال مدنيهم في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بضمان العرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بضمان البائع الذي يبيع المال عليه ، لا بضمان الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥) . فلو فرض أن الدائنين باعوا عيناً غير مملوكة لمدنيهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقي العين من المشتري الذي رصا عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين (٦) . ولكن يغلب أن يكون المدين معسراً في مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن الذي دفعه في المزاد في حالتين : (أولاً) إذا أثبت أن الدائنين كانوا

(١) الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٣٢ - الأستاذ محمد حل إمام ققرة ٢٠٢ .

(٢) أنظر آنفاً ققرة ٣٣٤ .

(٣) ويلزم البائع نحو الشفع بضمان العرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان العرض والاستحقاق مسترد الحصه الثامنة في منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبي تطبيقاً لأحكام المادة ٨٣٣ مدني (أنظر آنفاً ققرة ٣٣٤ في المامش) .

(٤) لو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإنهاء الشروع ، فيلزم بضمان العرض والاستحقاق للمالك في الشروع الذين باعوا العين الثامنة في المزاد (بودي وسهنا ققرة ٣٥٥ مكررة ثانياً) .

(٥) استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م

٥١ ص ٣٢٤ .

(٦) بودي وسهنا ققرة ٣٥٥ .

يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير مملوكة لمدينهم (١) أو كان ينبغي أن يعلموا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً لمالك الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن في استيفاء حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

## ٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

### ٣٤٦ - التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض: متى قام ضمان

البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التعرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشتري عما أصابه من الضرر باستحقاق

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نههم إلى ذلك .

(٢) أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٥ ص ٦٩ - يودى وسينيا فترة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٠٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٣٣ - فترة ٢٣٤ - الأستاذ محمد عل إمام فترة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرسع فترة ١٦٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرابي فترة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فترة ٣٦٣ - ٣٦٥ - وقارن بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر في جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المشتق أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٥ ص ٧٠ - يودى وسينيا فترة ٣٥٧ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٢٥٤١ - جوسران ٢ فترة ١١٥ - ديميل كولان وكايتان ٢ إلى جعل الدائنين هم المستولون مباشرة من الضمان وإن كان يقرر أن اتفق على غير ذلك (كولان وكايتان ٢ فترة ٨٩٨) .

المبيع في يده طبقاً لقواعد التي قررها القانون، وهذا هو ضمان الاستحقاق (١) .  
فتكلم إذاً في مسألتين : (١) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض بطريق  
التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق .

### ١ - التنفيذ العيني

#### ( ضمان التعرض بطريق التدخل )

٣٤٧ - النص صريح القانوني : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني  
على ما يأتي :

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ،  
كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن يتدخل  
في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحمل فيها محله .

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ،  
وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة  
لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

٣ - وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه  
حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن  
تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتي :

« يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حصص النية للأجنبي بحقه  
أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ،  
مضى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحمل محله فيها

---

(١) فليس البائع ملتزماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق ،  
بل هو التزام واحد وهو ضمان التعرض ، فلما أن ينفذه حيناً أو ينفذه بطريق التعويض  
( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٥٨ هامش رقم ١ ) .



فلم يفعل . كل ذلك مالم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه (١) .

ولا مقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدني السابق دون حاجة إلى نص (٢) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدني الليبي للمادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ -

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص في المادة ٨٥ من المشروع التمهيدى حل وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظية . ووردت الفقرة الثالثة في المادة ٨٦ من المشروع التمهيدى حل وجه مماثل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل عبء الإثبات في العبارة الأخيرة من النص على المشتري لا على البائع . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح فيها ٤٥٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثالثة ، واستعفى فيها من عبارة « إلا إذا أثبت البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل في هذه الدعوى » بعبارة « إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » . وقد رأيت اللجنة أن تنقل عبء الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعياً ببراءة ذاته من الالتزام بالضمان . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٦ - ص ٨٨ ) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص في المادة ٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « يثبت حق المشتري في الضمان حتى لو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . وإذا رجع البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه » . وفي لجنة المراجعة عدلت النص بحيث يجعل دفع البائع بأن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دفع في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشتري أيضاً لا الأجنبي فحسب . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٤١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠ ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ .

وفي تقنين الموجبات والمقود البتاني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (١) .  
وتفرض هذه النصوص ، أن الغير قد تعرض للمشتري فعلا ، وكان تعرضه

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .  
التقنين المدني الميسي م ٤٢٨ - ٤٢٩ ( مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني المصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذا استحق المبيع لغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر من الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع .  
م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله .  
٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعذر البائع ببعو الاستحقاق في الوقت الملائم ودعا للدخول معه في الدعوى فلم يفعل .  
هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .  
م ٥٥٣ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأنخير وحكم به المستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشتري منه .  
( وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدني المصري ، ولكنها في مجموعها مأخوذة من الفقه الإسلامي ، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨ ) .

تقنين الموجبات والمقود البتاني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن المشتري ما يصبیه من استحقاق النير المبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعياء الملحق بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع .  
م ٤٤١ : إذا دعى المشتري إلى المحاكم بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعى بائه إلى المحكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة التضييق المحكمة ، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته لاستصدار حكم بردها .

( ويختلف التقنين البتاني عن المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لنهائي ، في أن عبء الإثبات في التقنين البتاني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التقنين المصري . ولم يعرض التقنين البتاني للحالات الأخرى التي عرض لها التقنين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردها التقنين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها تسمى في لبنان دون حاجة إلى نص ) .

في صورة دعوى استحقاق يرفعها عليه كما هو الغالب . ودعوى الاستحقاق هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق يدعى فيها الغير بأنه يملك البيع كله أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى يدعى فيها الغير حقاً على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق إيجار أو غير ذلك من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم ، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق . فعند ذلك يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير (١) . ويبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذاً عيانياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو ليحل محله في هذه الدعوى ، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكماً يرفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان تعرض الغير تنفيذاً عيانياً . فإن لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينتج عن استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض على وجه معين كما سبق القول . وتتميز النصوص السالفة الذكر بين فرضين : فاما أن يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، وإما ألا يتدخل . فإذا لم يتدخل وجب التمييز أيضاً بين فرضين : فاما أن يكون المشتري قد دعاه للتدخل في الوقت الملائم ، وإما ألا يكون قد فعل . فعندنا إذن ثلاث حالات : (١) حالة تدخل

---

(١) وقد يتحقق هذا الالتزام دون دعوى ، كما قلنا ، إذا هدد الغير المشتري برفع الدعوى ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له به . ويجب قبل التسليم به أن يدعو البائع لمواجهة الغير المتعرض على الوجه الذي سنبينه فيما بعد . وقد تكون الدعوى مرفوعة من المشتري على الغير إذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، فيطالبه المشتري به ، فيرفع الغير الدعوى محتجاً بحق يديه على المبيع ، فعند ذلك يضطر المشتري البائع ليتدخل في الدعوى ( بلانول وريير وعامل ١٠ مقرة ١٠٥ ص ١١٤ - كولان وكايتان ٣ مقرة ٩٠٥ ) .

أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشتري ، وصدر الحكم لصالحه ، لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري ، فليس لهذا كما قلنا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع إذا كانت كل حقوقه في العقار المبيع تقتل بالبائع إلى المشتري ، فلا وجه لاعتباره ممثلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع ، ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري . وإذا هوجم البائع وحده ، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشتري ولو كان علاناً بالخصوص ، لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها ( نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ ) .

البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوة المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم يدعه للتدخل .

### ٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى المشتري : إذا رفع الغير على

المشتري دعوى استحقاق على النحو الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري لإخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح شفوياً ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري (١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يدخل البائع ضامناً في الدعوى ولا يكفي بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يكفي المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمة البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه . وقد رسم تقنين المرافعات الإجراءات اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١٤٣ من هذا التقنين على أن « لنقصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصام الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » . ونصت المادة ١٤٦ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . ويراعى في تقدير الأجل المراعي اللازمة لتكليف الضامن الحضور وفق الأوضاع العادية » . فإذا كلف

---

(١) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٤٦ -

الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ .

المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحدد لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تختمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً . وإذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو الذي رفع الدعوى على الغير بطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتفريده حتى ارتفاق للعقار للمبيع داخلاً في البيع (١) ، فإن ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضامناً في الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع يدفع المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً في أية جلسة من الجلسات التي تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع (٢) .

فإذا لم يدخل البائع المشتري ضامناً في الدعوى واكتفى بإخطاره بها في الوقت الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن لفصوم قبل يوم الجلسة أو يطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) .

---

(١) بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٠٥ من ١١٤ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .  
(٢) الأستاذ عبد المنعم الشرقاوي في المرافعات المدنية والتجارية فترة ٢٥٩ ص ٢٩٣ .

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه حتى يعول دفعها ، إذ هو أقدر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم . . . » . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذى يدخل البائع ضامناً في الدعوى ، ويتبع في ذلك الإجراءات التى سبق ذكرها في إدخال المشتري البائع ضامناً في الدعوى (١) .

ويلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فان هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تتجاوز نصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل في الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بغير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الاحالة يكون غير قابل للاستئناف ( م ٥٠ مرافعات ) (٢) .

---

(١) كذلك أجازت المادة ١٤٤ مرافعات المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال « من قد يضر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها ، إذا بدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفتير من جانب الخصوم . وتعين المحكمة مباداً لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإعلانه » . ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يأتى المشتري أو الغير البائع ضامناً في الدعوى ولم يتدخل البائع في الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفتير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أى الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع في الميدان الذى حدد له ، قست عليه المحكمة بالفرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ١٠٩ وم ١١٤ مرافعات ( الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨ ) .

(٢) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المحل بالنسبة إلى دعوى الضمان القرعية غير واجبة المراجعة ، فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التى تنظر دعوى الضمان القرعية هي غير محكمة البائع ( الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ ص ١٧٥ ) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتسكع بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقرر إلا بقصد =

فاذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذى بسطناه ، جاز للمشتري أن ييق في الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيه ( م ٤٤٠ مدني وم ١٤٨ مرافعات ) . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (١) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان المتعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فان التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعويض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع ، وتقضى المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضى في الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشتري يقدر وفقاً للقواعد التي سبقت ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضى في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية ( م ١٤٧ مرافعات ) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع ( م ١٤٨ مرافعات ) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذى أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى وتحملها البائع وحده .

---

== جلبه أمام محكمة غير مختصة ( م ٦٧ مرافعات ) ، كما إذا تمسك الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكمة حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكمة مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى .

(٢) متى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مستولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بإدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض مادي من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جدي لتقضى دفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهتماً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدي في المبيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان ( بلانيول وديبير وعامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلانيول وديبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٠٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤٧ - الأستاذ عبد المنعم الجبرولي فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الملاد وحامد زك ص ٣٤٩ هامش ١ ) أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على مدعى الاستحقاق بعد أن يشر دعواه .

ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصماً في دعوى الضمان فيقتضى له بالتعرض على البائع (١) .

### ٩٤٣- عزم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إعطائه

**المشتري إياه :** وقد فرضنا فيما قبلناه أن البائع تدخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ولكنه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة . فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا لا نخالو الحال من أمور ثلاثة : (١) إما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح في دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يدعيه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيقتضى للمتعرض بطلباته ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فإذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى إلا أن يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا ليكف عن تعرضه ، فسنترى أنه يجوز للبائع ، بادية ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فإذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب افتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو - حسن النية ، فانه قد دعا البائع إلى التدخل

---

(١) الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٤ ص ١٧٧ .



في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فانخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض عتق في تعرضه . وفي هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي سنبينه ، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ ملغى) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتضى (٣) .

ولذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد بلل المشتري

(١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذ أصبحت عبارة « ودعاه أن يحل محله فيها » ، فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفي بمجرد إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل يجب دعوته إلى التدخل فيها ( الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٦٧ هامش ١ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٢٠٩ ص ٤٧٠ ) .

(٢) فلا يمكن أن يثبت أن المشتري لم يحسن الدفاع ، أو أنه أغفل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى ، أو أنه لم يطهر المبيع من الرهن ( أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ١٣١٥ وفترة ١٣١٧ ) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفع لم يقدمها المشتري وكانت تكن لرفض دعوى الاستحقاق ( أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ١٣١٨ ) ، حتى لو كانت هذه الدفع خاصة بالمشتري كاستكمال مدة التقادم ( أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ١٤٢٥ ) . وقده قضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل لرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ( استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ - ٣٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٢٣ ) ، وقضت أيضاً بالأعلى محل قضائنا إذا قصر المشتري في التمسك بطلب المبيع بالتقادم القصير ( استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢ ) ، أنظر ما يلى فقرة ٣٩٧ في الهامش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينسب على المشتري أنه لم يعمل بطلب المبيع بالتقادم ( ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١ ) . فقد تأيد إنه المشتري أن يتسلك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٦٧ .

كل مانق وسعه : أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق للمعرض . بل دفع دعواه بما بمك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائى ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكفى في دفع رجوع المشتري على البائع بهله التعويضات أن يثبت البائع أن المعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكفى في حالة إقرار المشتري بحق المعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن في هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشتري تقصير هو تسرعه في الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المعرض ، فإذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أى تقصير في ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكفى إذن إثبات خطأ غير جسيم في جانب المشتري ( م ٤٤٠ / مدنى ) (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، فن حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المخول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام به واجبه فأخطر البائع في المعاد الملائم ، ويكون غير مسئول من صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يمسد إلى الصالح معه . أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق في دعواه ، كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٨٩ — ص ٩٠ )

(٢) وإذا لم يدخل البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطأ الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المشتق ، فان هذا لم يدخل البائع في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطأ الجسيم فضع له التعويضات التي يقرها القانون . جاز البائع أن يرجع على المشتق لثبوت أنه غير محق في دعواه باستحقاق المبيع ، فيترده منه ، ولا يجوز للمشتق أن يمنح بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا أغل البائع بالتزامه ولم يتدخل في الدعوى ، فالمشتري أن يدخله فيها ، ولكنه ليس بحاجة إلى ذلك اكتفاء بالإخطار الذى سبقته الإشارة إليه . وإذا لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً =

### ٣٥٠ - حرمان نزيل البائع في دعوى الاستحقاق من غير انطاف

**المشترى اياه :** بقيت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم (١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمائه كما في الحالة السابقة (٢) . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو مكنته المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ( م ٣/٤٤٠ مدني (٣) ) .

= في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . البائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ - ص ٨٦ ) .

(١) ولا زى أنه يمكن في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلاً بالتعرض ، ما دام لم يتم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره ( قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٤٧ ) .

(١) وقد لا ينجح في دفع التعرض ويحكم باستحقاق البيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى نفياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشتري تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع لم ، فذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير متزعزعا من وقائع ثابتة والمقل يقبله ( نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١ ) .

(٢) مصر استئناف ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشروع التهديد بحيل عبء الإثبات على المشتري =

## (ب) التنفيذ بطريق التعويض

### ضمان الاستحقاق

#### ٣١٥ - متى يرجع المشتري على البائع بمضمونه الاستحقاق : بملخص

مما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى : وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطيع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فإذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (١) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على الوجه

---

== لا على البائع ، فثبت المشتري وأن البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى ( م ٥٨٦ مشروع تمهيدى ) . فعلى النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عب. الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم مفعلاً ببراءة ذمته من الالتزام بالفيضان . ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٤٧ في الهامش - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بحمل عبء الإثبات على المشتري ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٤٢ هامش ١ ) .

الذى سنذكره . ( ج ) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض .  
ونستعرض كلاماً من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الاصحفاء الكلى - النصوص القانونية : نص المادة ٤٤٣  
من التقنين المدني على ما يأتي :

- « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع . »
- ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
- ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .
- ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكالية إذا كان البائع سبب النية . »
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ ، .
- ٥ - ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .
- « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١) . »

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد فيما عدا أمرين : (١) في المشروع التمهيدى كان البند ٣ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) لم يشتمل المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهي : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » . وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة « الضرورية » لأن ذلك يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التي سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد التفويض بطريق التعويض ولا يحل هذا بحق المشتري في الفسخ أو الإبطال . وأصبح النص رقم ٤٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، = ( ٤٣ - الوسيط ج ١ )

## والمفروض في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع

= فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٣ ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥  
وص ٩٧ - ٩٨ ) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الفدان واجباً ، ونزعت الملكية من المشتري ، فكل البائع رد  
المن مع التضمينات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم المقدم وما يتبعه من المصاريف  
وما صرفته المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الفدان وجميع  
الانسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزعت ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد المن إليه بتمامه  
ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحسب تلك الزيادة من  
ضمن التضمينات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزمة مدعى الاستحقاق  
بها هي المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٢/٣٠٩ : يلزم البائع المدلى بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفه من المشتري  
في تزوين المبيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق :  
« يخلط التقنين الحال ( السابق ) كما يخلط كثير من التفسيرات الأجنبية ، في هذه المسألة  
بين الآثار التي ترتب على فسخ البيع وتلك التي ترتب على التنفيذ بطريق التحويل ، من ذلك  
أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحال ( السابق ) ترتبان أثر الفسخ ، ولكن  
المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأول علم الخلط بين هذه الآثار  
وتلك على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأفضل » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٩٧ ) .

وهذا ما فعله التقنين المدنى الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى  
الإبطال ، واخص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التحويل المستحق . والدعوة  
في تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فمن هذا التاريخ  
يفش الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مرت  
نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسرى .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى المادة ٤١١  
( وهي مطابقة المادة ٣٤٤ مصرى - وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ١٦٥ - فقرة ١٦٨ ) .

التقنين المدنى اليابسى المادة ٤٣٢ ( وهي مطابقة المادة ٤٤٣ مصرى ) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٤ : - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم =

كان مملوكاً لغير البائع فانزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري لأن على البائع ضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دهوى ضمان الاستحقاق - دعويين آخرين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري

= وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بنهاية نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله أن يسترد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها للمستحق والمصرفات النافعة التي صرفها وجميع مصرفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع المشتري أن ينتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصرفات الكالائية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضاً عما لحقه من عسكرة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

( وظاهر أن التفتين العراقي يتخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيجعل التعويض على الثاني أوسع مدى منه على الأول . والتفتين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض لتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق بالمصرفات الكالائية - أنظر في القانون المدني للعراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٦ - فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الصراف فقرة ٤٦٣ ) .

نتبين الموجبات والعقود البيئانية م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شيء يتنص بالضمان ، فالمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن يطالب البائع : أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على ردّها إلى المالك المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المدعي الأصل . رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الانقضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإهمال ارتكبه المشتري أو لحادث نشأ عن قوة قاهرة ، فالبايع يبقى ملزماً برد الثمن . أما إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التمتع الذي أحدثه في المبيع ، فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يعادل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو يحل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترميم والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع الكالائيات والمستحقات .

( وظاهر أن التفتين اللبناني ، على غرار التفتين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى التفسير ودعوى الإبطال من جهة أخرى ) .

يجوز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لا شأن لنا بهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرها . في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجائين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص للتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ تقول : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والذي يعني هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطيه البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقلده للبيع فأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زواله البيع فيسترد المشتري الثمن (١) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تنص عليه القواعد العامة . ف ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمناء المدين لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية البيع . ولا كان البيع قد استحق واستحال بملكه لتنفيذ المدين لالتزامه فلم يبق أمام المشتري =



ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ، على أساس تعويض المشتري عن فقدته المبيع . وحتى تتمثل هذه العناصر تتلأ واقعياً ، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشتري أجرى فيها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لخرقتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وتعويض للمشتري على البائع . فهذا التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهرين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١) . ويلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لها حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلاً من رد الثمن ، لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسئولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع

---

= إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٨٩٠ من المرسوم ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض ( مجموع الأعمال التصديرية : ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧ ) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حراً انتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداية عن القيمة وقت البيع (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باهظاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فهنا كان مقدار الارتقاء يرجع به المشتري على البائع لأنه قد عسر فلا المبيع باستحقاق (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فانه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إذ بزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، فيسترد المشتري بدعي استرداد =

وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثمناً للدار ألفاً وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو قيمة الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . وبأخذ المشتري قيمة

== غير المستحق . وقد خلط الثقتين المذني العراقي (م ٥٥٤) وثقتين الموجبات والمثود البناي (٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجباً على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً الثقتين المذني الفرنسي (١٦٣٠ وم ١٦٣١) فرنسي - وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٨ - جوسران ٢ فقرة ١١١١) .

ويبدو أنه مادام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن وهي والثمن معاً تقابلها قيمة المبيع (تأثر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٢ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٥٧ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوي فقرة ٣٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦) . وفي عهد الثقتين المذني السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف غنطس ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥) . وفي فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعميمات فلا تلتحق بالثمن (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هاشم رقم ٣١ ثالثاً - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانويول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٥٥١) . ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلتحق بالثمن ولذلك يستردها المشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودوي وسينيي فقرة ٣٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فقرة ٢١٥) .

ويتربط على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إراداً مرتباً لدى الحياة ، فإن المشتري يبقى ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترده قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً حقيقياً لم يرد فيه نص . أما في القانون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فيقطع الإيراد (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هاشم ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمته وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع في السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحسين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠) .

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق من الثمن ، جاز للمشتري ، بدلاً من الرجوع بضمان الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٠٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ - ٢٤٢ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٢) .

المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية ف سواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (١) . ولما كان المشتري ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فإنه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الريع الفوائد بالسعر القانوني ( ٤ / في المسائل المدنية و ٥ / في المسائل التجارية ) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه الفوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الريع بالنسبة إلى الدار (٢) . ويأخذ المشتري الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثأر : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فإنه يكون ملزماً برد الريع الذى قبضه مع الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق ( م ٢ / ١٨٥ مدنى ) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثانى من المادة ٤٤٣ مدنى إن المشتري يطلب من البائع « قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع » . ونقول للذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمفروض فى ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه فى التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع

---

(١) استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) ويستحق المشتري الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً فضاء معدة للبناء ، وتكون فى هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذه من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق ( أنظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣ ) . ويستحق المشتري الفوائد القانونية دون حاجة للطالبة القضائية بها ، ويكتفى فى سريانها برفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع فى دعوى الاستحقاق بصفة فرعية ( الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣ ) .

الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه  
لها تقدم (١) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات  
الضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان  
المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن  
النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول :  
« على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات  
الضرورية » . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشئ من هذه المصروفات  
الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٢) . وأما المصروفات التي أنفقها  
في إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات ناعمة  
أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى حكمها .  
فاذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان  
للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض إن كان له وجه ،  
أو يطلب استبقاها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد  
في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة ( م ٩٢٤ مدنى ) . وإذا كان المشتري  
لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، غير المستحق بين دفع  
نفقات البناء أو دفع مازاد في قيمة الدار ( م ٩٢٥ مدنى ) . وفي الحالتين يتحمل  
المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ - استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨  
ص ٢٤٥ - وإذا كان سبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فإن التنازل  
تعلق بالمقار من وقت تسجيل التنبية ( م ١٠٣٧ مدنى ) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها  
حل البائع ( بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦ ) .

(٢) وقد كان المشروع التهديى يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي  
لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، نصح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ،  
لأن المصروفات الضرورية لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق . ( مجموعة  
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ و ص ٩٧ ) - هذا وللمشتري حق امتياز على المبيع يكفل له  
دجوه بالمصروفات الضرورية على المستحق ( م ١١٤٠ و ١١٤٨ مدنى - الأستاذ محمد على  
أمام فقرة ٢١٠ ) .

المتقدم الذكر ، خسارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة .  
فهذه الخسارة يرجع بها المشتري على البائع كمعصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوى في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو حالاً بذلك (١) . وأما المصعد الذى أنشأه المشتري في الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التى أنفقت فيه مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذى قدمناه في المصروفات التى أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كالية ، فيها إذا كان المألوف في مثل الدار المبيعة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، وسرى حالاً حكم المصروفات الكالية .  
وأما المصروفات التى أنفقها المشتري على دهان جيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدنى ونفصى بأنه : إذا كانت المصروفات كالية فليس لها أثر أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وظاهر أن دهان الجيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سيتركه للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع بهذه المصروفات الكالية على البائع كمعصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدنى ، كما رأينا ، بأن المشتري يسترد من البائع هذه المصروفات الكالية إذا كان البائع سعيه النية ، أى إذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعمل المذكرة الإيضاحية

---

(١) وقد كان القضاء المصرى في عهد القنين المدنى السابق يقضى بذلك (استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ١١ ص ١٦٢) . بل أنه لا يسترد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧) .  
(٢) وقد تكون في أحوال نادرة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

للمشروع التهيدى هذا الحكم بما يأتى : « أما المصروفات الكالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سبياً النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبي ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، وبحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكالية » (١) .

رابعا - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشتري قاضيا فى خصما فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كمعصر من عناصر التعويض . ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، فى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضامناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشتري ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستطيع أن يتحمّلها لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (٢) ، فقد يطفىء المشتري فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلاً ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غير مقتضى فزيد المصروفات . فإزاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأه (٣) . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع اتقاء المصروفات على النحو المتقدم (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلفت مصروفات الحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره ( الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ ) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى ٤

ص ٩٦ .

(٤) ببيان ١١ ققرة ٢١٤ .

خامساً - مالحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب : ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم « بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع » . ونقول المذكورة الإيضاحية أن « ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة » (١) . فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية يشمل كل مالخق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا وتلك عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشتري من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل إليها من بعيد رفقة البائع وتجنشم في ذلك مصروفات السفر ، فهذه خسارة تحمهاها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٢) . ومثل ذلك ، فيما فات المشتري من كسب ، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعد له لاستغلاله في ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٣) .

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ،

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانويول وديبر وهامل ١٠ فقرة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٣) وفي عهد التفتين المدني السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري ، كان يجوز للقاضي أن يحجب ، على سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن بشرع معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضروري أن يكون هذا السعر هو السعر القانوني . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع - عندما يحجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقاق المبيع - أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو أن يحجب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسرته وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزاع الملكية . وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التمييزية على المشتري أن يتبع أحكام فوائده التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني ( السابق ) ( نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤ ) .

وقد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً، فأبرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق بمقوماتها الذاتية، وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول. وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع. ففي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض (١)، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سبباً للثبوت، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سبباً للثبوت فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق ذكرها في ضمان الاستحقاق. وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال، وجعل المشتري يؤثر عادة أن بلجاً إلى هذه الدعوى دون الدعوى الأخرى.

(١) والفتنة في مصر منقسم في هذه المسألة، فالقائلون باشتراط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣١٥). والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سبباً للثبوت يفتنون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلى أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستبعد التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر، ولا يجوز الحفاظ إلا في حالة ما إذا أمكن تقصير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً غريباً على عدم الضمان فيجب منه رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ - ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جيل الشرقاوي ص ٢٥٩). أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المتوقع كالضرورات الكالية، فيعوض عنه البائع بسبب نية دون البائع حسن النية، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن نية وكان المشتري سبباً للثبوت.

وكان القضاء في عهد الفتنة المدني السابق، حيث كان ضمان الاستحقاق يحل محل بيع ملك الغير، يشترط حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢١ الحامية ١٢ رقم ١/٢٥٥ ص ١٦ - ٥١٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١٧٠ =



٣٥٣ - **مستحقان الجزئي - التصويص القانوني** - نص المادة ٤٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مقبلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبنية في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أضافه منه .

٢٥ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) .

= استئناف مخطوط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ - ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٢ - أول يولي سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ ) .

وفي القانون الفرنسي ، حيث تخطط دعوى ضمان الاستحقاق بدعى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط الدفع الفرنسي حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى ليساً حل القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن نية ( لويزي ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ - بودري وسهنا فقرة ٢٧٥ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢٢ - بلانول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٥٥٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١١ وفترة ٩١٩ ) . ولكن محكمة النقض الفرنسية ( نفس فرنسا ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالروز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٥٣ ) عدلت ، مخيراً من قضايتها السابق وذهبت إلى أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية ( السيكولويدي دالروز ، لفظ vents فقرة ١٣٢٠ ) . (١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المذموم التمهيد على وجه مطابق لما

استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤٤ ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢ ) .

ويقال هذا النص في التقنين المدني السابق المراد الآتية :

٣٨٤/٣١٠ م : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله ، وكذلك ثبت حق ارتفاق بوجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنتزعة ملكية أَوْ حق الارتفاق بحالة لوطنها المشتري لاستحقاقه من الثراء .

٣٨٥/٣١١ م : ومع ذلك للمشتري في هذه الحالة إبقاء البيع أو فسخه ، ولكن ليس له أن يفسخه لإضراراً بحقوقه المقتنين بجزء .

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً .

م ٣٨٦/٣١٧ : إذا أبقى المشتري المبيع ، أو كان الجزء المتزعم ملكه منه أو حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع في وقت النزاع أو تقسيمات تقدرها المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق .

( وتختلف أحكام التفتين السابق من أحكام التفتين الجديد في أنها هنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخلط ما بين الفسخ وضمان الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع عند الاستحقاق الجزئي تجعل التصويض مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن يعادل قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدر التصويض طبقاً لقواعد العامة . والمبررة في تطبيق نصوص التفتين الجديد - كما قلنا في الاستحقاق الكلي - بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مرت نصوص التفتين السابق ، وإلا فإن نصوص التفتين الجديد هي التي تسرى .

ويقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى :

التفتين المدني السوري م ٤١٧ ( مطابقة المادة ٤٤٤ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩ ) .

التفتين المدني الليبي م ٤٣٣ ( مطابقة المادة ٤٤٤ مصري ) .

التفتين المدني العراقي م ٥٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لاعم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقى من المبيع ، فله أن يطالب بالتصويض عما أسابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

( وحكم التفتين العراقي يخالف حكم التفتين المصري في أمرين : (١) لا يميز التفتين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسم أو علم به المشتري لمسا أم العقد واستحقاق غير جسم كإذمل التفتين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التفتين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الحكم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التصويض من المقرر بسبب الاستحقاق الجزئي . والتفتين المصري لا يفسخ المبيع حتى يرد المبيع ، بل يبقى المبيع قائماً ويكون سبباً في التصويض الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن القانون فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١٤ وفترة ٢٤١ - الأستاذ عباس حسن للصراف فقرة ٤٦٤ ) .

تفتين الموجبات والقرود البتاني م ٤٣٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حد أن المشتري لولا وجوده لامتنع عن الشراء ، حق له أن يفسخ العقد .

م ٤٣٨ : إذا لم يفسخ المبيع في حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن ، مع بدل السطل والضرر عند الاقتضاء .

والاستحقاق الجزئى يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شافع أو مفرز ، وقد يثبت أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففى هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يبن البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففى جميع الأحوال التى يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئى للمبيع .

ويميز النص فى الاستحقاق الجزئى بين فرضين : (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه وقت البيع لما اتهمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقي غير كاف للوفاء بالغرض المطلوب (٢) . وليس من الضروري فى هذا الغرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئى ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن البائع سيبرأه عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فى دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين ويشطب الرهن (٣) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى هذا

م ٤٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ الموضع .

( ) ويختلف التقنين البنائى فى أن الخيار المشتري فى ضمان الاستحقاق الجزئى بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الخبز مع التعويضات الأخرى إن كان لما مقتض ، أما فى التقنين المصرى فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة ) .

(١) أو مثقل بضريبة تحمين ترتبت على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنيسكولويديى والفوز • لفظ *Vente* فقرة (١٣٥٢) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١ .

(٣) فإذا لم يقيم البائع بوفاء الدين ، وترتب على ذلك أن نزع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع فى مقابل الدين ، وجب فى هذه الحالة أن تثبت على لو علم المشتري بأن هذا الجزء من المبيع ستزاع ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ° فإن كان لا يقدم على الشراء ، كنا فى نطاق الغرض الأول .

### القدر من الجسامة المبين في القرض الأول (١) .

فإذا كانت نخسارة المشتري جسيمة بالقدر الذى يسطنه في القرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقى من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التى يستحقها في حالة الاستحقاق الكلى ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئى . فإذا اختار رد ما بقى من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلى ، فإن ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان ليتم البيع لو عرف الخسارة التى تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئى . ولكن حتى في هذا القرض لا يزال ضمان الاستحقاق محفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضى بأن المشتري في هذا القرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقى من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لما مقتضى . ولكن النص يقضى ببقاء البيع لا يفسخه ، ويقم التعويضات التى يستحقها المشتري على أساس هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعى أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلى . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والثمار التى ردها للمستحق ، والمصروفات النافعة والكالية على التفصيل الذى أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذى يبتاه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلى ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه

---

(١) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ هكتاراً لا يمد استحقاقاً جسيماً ( استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢ ) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء ( استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٣٩٢ ص ١٨٤ ) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري عرضه ( استئناف مخطوط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ ) .

التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع، فوجد المشرع أن الأوفى أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع في يده، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك متوقفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بفش من البائع أو خطأ جسم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢).

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي لبست جسيمة بالقدر الذي لو علمه لما أتم البيع، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (٣)، وذلك طبقاً

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية في العبارة الآتية: أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم، فليس المشتري أن يطلب الفسخ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) فهذه العبارة تفترض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً، فالذي يفعله المشتري هو فسخ البيع. ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية الفنية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكل—وهي تفترض هنا أن البيع باق—مع القول بفسخ البيع (انظر الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٦٨—الأستاذ عبد المنعم البهراوي ص ٤٨٦—الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١-١٨٢).

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق (م ٣٨٩/٢١٢) يقضي، إذا استبق المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي، بأن يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذي انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً لقواعد العامة. ولم يسار التقنين المدني الجديد التقنين المدني السابق في ذلك، بل جعل تقدير التعويض طبقاً لقواعد العامة في جميع الأحوال. وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وقد تجنب المشروع أن يحمل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة لقيمة الحقيقة للمبيع وقت الاستحقاق كاضطت المادة ٣٨٩/٢١٢ من التقنين الحالي (السابق) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١».

(٣) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة. وهذا بخلاف التقنين المدني السابق الذي كان يقضي برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء للمستحق، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استفتاء مختلط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨: نزعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حسنت من الباقي من المبيع، قضى برد جزء مناسب من الثمن، أما التحمين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذ لا ضرر يستحق من أجله التعويض).

للقواعد العامة على النحو الذى أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض المشتري أن يرد بقية المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التوقيضات المقررة في الاستحقاق الكلى ، فان هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

### ٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمعترض - النصوى القانونية -

تنص المادة ٤٤٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النفود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع النهيى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع التناهى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فإنه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدنى السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدنى الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذى يبرمه المشتري مع المعترض ليتوق استحقاق المبيع - وهو السبب القانونى لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدنى السورى م ٤١٠ ( مطابقة للاحقة ٤٤٢ مصرى . وانظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢ ) .

التقنين المدنى اليابسى م ٤٣١ ( مطابقة لاحقة ٤٤٢ مصرى ) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٥٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بموضع ، يعتبر هذا شراء المبيع من المستحق ، والمشتري أن يرجع على بائنه بالضمان . ( وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة في القانون المدنى للمصرى ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما فردته المادة ٤٤٢ مصرى . ففى القانون العراقى المفروض أن المستحق ثبت حقه في البيع وحكم له به ، ثم اشتراه منه المشتري ، فيرجع للمشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كاملاً . أما في القانون المصرى المفروض أن المشتري تولى أن يحكم للمستحق بحقه بأن ألقى له شيئاً في مقابل هذا الحق ، فيجوز في هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما أداه المستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق مادام لا به -

وهذا القرض الذى يعرض له النص شامل لحالى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، ويسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمقروض هنا أن المشتري تولى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شيء آخر يؤديه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد (retrait) يستطيع بموجبه أن يكتفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات التى بينهاها فى حالى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً مع الاستحقاق فى مقابل أداءه للمتعرض ، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم ينله أى ضرر . وهذا الضرب من الاسترداد نادر ، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قلناه أنه حتى يكون البائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن يتفق المشتري مع المتعرض على تفادى استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال فى مقابل زول المتعرض عن ادعائه وترك المبيع فى يد المشتري سلباً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً عند رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أو لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يبين المشتري جلية ادعاء المتعرض فيضيق معه على الوجه المتقدم توكيلاً

---

= نص هذا المحق فى التقنين العراقى - قانون الأستاذ حسن الزنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٤٥٧ ص ١٩٧ ملحق ٢ .

تقنين للموجبات والمقود البنائى م ٤١٠ : إذ تخلف المشتري من الاستحقاق يدفعه مبلغاً من المال ، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إل المشتري مع الفوائد وجميع النفقات

(وهذا الحكم ينفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التهيدى فى مجرمة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

للاستحقاق وتغادياً من رفع دعوى به وما يجر ذلك من إجراءات ومصروفات. والاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض يكون فى الغالب صلحاً ، فيتصل بالحلان على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود فى نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ، وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى البائع استحقاقاً للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان يستطيع التخلص منه - أى استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب ضمان الاستحقاق - فى مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه المشتري للمتعرض وفوائده القانونية ( ٤ ) فى المسائل المدنية و ٥ / فى المسائل التجارية ) من يوم أن دفع المشتري المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصروفات الصلح الذى تم بين المشتري والمتعرض . فيتغادى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد. وغنى عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى سيرده للمشتري أقل من التعويضات التى كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ، وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبايع إذن حر فى أن يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله فى حالتين : (١) إذا كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع فى الصلح معه ، وقد قدمنا أنه فى هذه الحالة لا يكون مسئولاً عن الضمان إذا أثبت أن المتعرض لا حق له فى دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع فيه المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع ينكره المتعرض ، فيتفق معه المشتري على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على المبيع . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على المبيع للعقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح .



وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض وفاة بمقابل ، كأن يكون المبيع مرهوناً فى دين ، فيتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابل هذا الدين سيارة مثلاً . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والقوائد القانونية لهذه القيمة من وقت التسليم ومصروفات الاتفاق الذى تم بين المشتري والمتعرض (١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصلي يبقى قائماً بينه وبين المشتري . وهذا العقد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توفاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لا من المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر فى المبيع مثلاً عيب حتى رجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض فى استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذى قدمناه أن يكون المشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلاً فاسترد المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد

---

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفضيلات التى قدمناها قد أعطاه القانون لبائع تيسيراً عليه لتخلص من ضمان الاستحقاق . ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « أما التيسير على البائع فيستحقق فى أنه لو ظهر أن الأجنبى على حق فى دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع بطلاً من النقود أو أى شيء آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاة بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعرضه تماماً عما دفعه المستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع القوائد القانونية وجميع المصروفات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة فى القانون على حق الاسترداد : انظر مطلبين آخرين فى استرداد الحصة الشائعة وفى استرداد الحق المتنازع فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩١ - ص ٩٢ ) .

ذلك مع المستحق على ان يعيد إليه المبيع بعقد جديد ، بيع او مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يتوقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد او قيمة العين التي قايض بها المشتري للمستحق على المبيع . ف ضمان الاستحقاق يبق في ذمة البائع ، وتسرى عليه الأحكام التي بسطناها فيما تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (١) .

### ٣٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التمرض الصادر من الغير

#### ٣٥٥ - زيارة الضمان أو انقاصه أو إسقاطه - التهميص

القانونية : تنص المادة ٤٤٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدن باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

---

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفق استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتفق هذا الاستحقاق ، وقضى المستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة وهي تنفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الميراث - م ٥٠٦ - من أنه « لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأسك المبيع ، يكون هذا شراء المبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائنه بالثمن » ( مجموعة الأعمال التوضيحية : ص ٩٤ - أنظر المادة ٥٥٢ من القانون المدني العراقي آنفاً في نفس الفقرة في الحاشية ) .

- ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، يبقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .
- ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار (١) .
- وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ و ٣٧٧/٣٠٢ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث فى فقرتين اثنتين . وفى لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين تميز المحكين كل منهما عن الآخر وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقةً بذلك لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٨ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤ ) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل فى الفقرة الثانية لـ « عبارة الاستحقاق » ، فأضيفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٥٩ فى المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٥ وص ١٠٧ ) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه لمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط ساملاً بالفاظ عامه وصار نزاع الملكية من المشتري ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التعويضات .

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل ملازمة البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا ثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع فى جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٢ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حتى للمضى فى استحقاق المبيع الناشئ من مل البائع .

( والأحكام واحدة فى التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصوص التقنين الجديد أقوى وأكثر مبرراً للمعاملات المختلفة : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التشريعية ٤

وتقابل في التثنيات المدنية العربية الأخرى : في التثني المدني السوري  
المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التثني المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي  
التثني المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تثني الموجبات والعقود  
البنائي المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١).

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام  
العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض  
المصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع -  
قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على إقصائه ، أو اتفاقاً  
على إسقاطه .

---

(١) التثنيات المدنية العربية الأخرى : التثني المدني السوري م ٤١٣ (منفقة مع المادة ٤٤٥  
مصري ، فيما عدا أن النص السوري قد أغفل الفقرة ثمانية من نص التثني المصري ، فلا يكفي إذن  
في التثني السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه لمشتري - حتى لا يضمته  
البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان ) .  
م ٤١٤ ( مطابقة المادة ٤٤٦ مصري ) .  
ونظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرنا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .  
التثني المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ ( مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصري ) .  
التثني المدني للعراق م ٥٥٦ ( مطابقة المادة ٤٤٥ مصري ) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ  
من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من  
فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط . ( وهذا الحكم يخالف نص التثني المصري  
في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولاً في التثني المصري عن  
قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التثني العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التثني العراقي العبارة  
الأخيرة الواردة في نص التثني المصري « إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب  
الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع  
القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٥ .  
تثني الموجبات والعقود البنائي م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا  
أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .  
م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ،  
رد الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد علم الثراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر ،  
إنظر أيضاً المادة ٣٩٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في المامش .  
( والأحكام واحدة في التثني البنائي والمصري ، إلا أن التثني المصري أكثر تفصيلاً ) .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعلي ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فنقل هذه العبارات لاتعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيده هذا الالتزام ولكن دون إدخال أى تعديل في أحكامه (١) . ويراعى أيضاً أن الاتفاق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والتزول عن الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامة .

### ٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في

العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تتضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي ينحوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذي قدمناه .

---

(١) أورى دور ٥ فترة ٣٥٥ هامش ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ٣٩٣ - بلانويول وريبر وهامل ١٠ فترة ١٢١ - وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدن أرادا ما بينه في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بمبارات عامة ، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد ( نقض مدني ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٠ ص ٧٦ ) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ - استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٢٩ .

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلة في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التعميم الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلة في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا زعت ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، فزاد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل كما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لا أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قلنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة الضمان من طريق زيادة التعويض . أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، لاسترداد أهل القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو النقص ، والأصل كما قلنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن النقص .

(١) ميدان ١١ فترة ٢٢٦ - ويمن أن نحدد المدة التي إذا زعت ملكية للبحر السلطة العامة في مملكتنا وجب الضمان ، وذلك متى يكون الضمان مبدءاً ليسهل إعماله ( يورجيس وسيليا فترة ٣٩٩ ) .

(٢) للملكة الإيضاحية للشروع للتمهيد في مجرعة الأعمال الطبيعية ٤ ص ١٠٦ .

(٣) أنسكلويدات بالوزن ه تلك مدة فترة ١٣٧٠ .

### ٣٥٧ - الاتفاق على انقاص الضمان : وهذا الاتفاق ، بخلاف

الاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيراً في العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها (١) ، أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه . مثل التقليل من الأعمال الموجبة للضمان أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع إذا ظهر فيما بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق للمبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لبيع معين فيه . ومثل إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) ، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشتري من المستحق كاملة ، أو ألا يرجع عليه بتعويض أصلاً فلا يسترد إلا الثمن أو لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

ونقول الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ ملقى كما رأينا : « ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد نعمد إخفاء حق الأجنبي » . فإذا كان البائع ، وهو يشترط إنقاص الضمان في خصوص حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتمه عن المشتري ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشترط عدم مسئولته عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . فالنص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان باطلاً إذا كان البائع قد نعمد إخفاء حق الأجنبي .

على أنه لا يكفي مجرد علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع حتى يقال إنه أخفاه عمداً من المشتري ثم اشترط عدم الضمان . فقد يكون البائع عالماً بحق الأجنبي دون

---

(١) معنى من الضمان إخراجاً فيما يتعلق بالأعمال التي اتفق على استبعادها (الاستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٩ ملحق ١) .

(٢) للملكة الإلهامية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

أن يجتبه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى باشتراك البائع بعدم ضمان هذا الحق ، ففي هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون للمشتري غير عالم بحق الأجنبي ، ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري عالم به عندما اشترط عدم ضمانه إياه . فلا يكون البائع في هذه الحالة أيضاً قد تعدد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر المشتري بوجوده ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعدد إخفاء حق الأجنبي ، ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، ويضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

ويلاحظ أنه إذا كان كل من البائع والمشتري عالين بحق الأجنبي وقت البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمانياً بعد ضمان البائع لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حل الأجنبي على التزول عن حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري في هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق . وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمانياً ، فالاتفاق الضمني يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمانياً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن يشترط في ذلك أن يقترن هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة في استخلاص شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط البيع الأخرى (١) .

---

(١) بلاتويل وديريه وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٢٢ - وقد يشترط الضمان في العقد ويكون المتبايعان عالين وقت العقد بسبب الاتفاق ، ففي هذه الحالة يدل شرط الضمان =



والاتفاق على إنقاص الضمان ، بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كاسترى .  
يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن  
يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذي رتبته على المبيع قبل  
البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب  
هو مسئول عنه (١) . ولكن يبطل هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً  
إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز  
أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى  
لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل في العقار أو إلى الحيازة  
في المنقول (٢) .

### ٣٥٨ - خصوصية في مفروض المشتاق : وكان مقتضى القواعد

التي قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه لحق ارتفاق على المبيع ، وجب أن  
يشترط عدم الضمان ولا يكفي أن يكون المشتري علناً بوجود هذا الحق على

== في المقدم - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن العرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي  
يرتبه تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن (نقص  
مدى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد ثبت أن  
المشتري كان يعلم وقت شرائه بالديب اللاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وتحته  
مسئوليته ، فلا يكون له الحق في طلب التضمينات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إلا إذا اشترى  
ساقط الخيار (نقض مدى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ -  
وأظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - ١٥ يونيو  
سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشتري عالماً  
بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذي يستورده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ في حالة  
الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١) .

- (١) بودوي وسينيا نفرة ٤٠٤ - بلانيزول وويبير وهامل ١٥ نفرة ١٢٣ ص ١٢٣ .
  - (٢) لوبري ورو ٥ نفرة ٣٥٥ هامش ٤٥ - بلانيزول وويبير وهامل ١٥ نفرة ١٢٢ .
- أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا مجرد إنقاصه - عن الترضي الصادر من البائع نفسه ،  
فقد رأينا أنه غير جائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من غش البائع بل عن فعله فقط (بودوي  
سنييا نفرة ٤٠٥) .

المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي : « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) فيمكن إذن أن يكون المشتري عالماً بحق ارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تغارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان (٣) وإما بأن يثبت أن المشتري

(١) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق المسأجر وكل حق من شأنه أن ينقص الانتفاع بالعين وإنما يعرضها لخطر نزاع الملكية ( بودري وسينيا فقرة ٣٨٨ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ ) . ولا يجوز في القانون المصري التوسع ، فقد قصر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أى تكليف آخر كحق انتفاع أو حق حكر ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٠ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦ - حكس ذلك الأستاذ عبد النعم البدراني فقرة ٣٠٠ ) .

(٢) وتجعل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الروماني يحمل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادي لملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يحمل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق ولم تنتقل هذه التقاليد كاملة ، بل تركت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذي أعلم به البائع المشتري لا يضمنه البائع ( أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥ )

(٣) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان إطلاقاً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً من فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما إذا أعفاهما عنه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة من فعله وأعفاهما من المشتري ( م ٣/٤٤٥ مدني ) ، فإن الانتقال على إسقاط الضمان يكون باطلاً ( بودري وسينيا فقرة ٤١٣ ) . فلا يبيح إذن إلا حالة ما إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق على المبيع وكذلك لا يعلمه المشتري وقت البيع ، فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يبيح البائع من التصرفات ، ولكن لا يفييه من رد ما تنقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب وجود حق الارتفاق .

أما إذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فهذا شرط في إنقاص الضمان لا في إسقاطه . ومن ثم يصح ، ويصل إلى مدى أبعد من شرط إسقاط الضمان ، ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن في هذه الحالة حقوق الارتفاق الناشئة من فعله أو التي يعرضها وأعفاهما عن المشتري ، =

قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فإن البائع يكون غير ضامن باشرطه عدم الضمان ولا يمكن إثبات علم المشتري بها عن أى طريق (١) .

== فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يملكها هو ، سواء علمها المشتري أو لم يملكها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق مجهول هو والمشتري ، وبين في هذه الحالة حتى من التوضيحات ، وهو لا يضمن من التوضيحات في حالة اشتراط إسقاط الضمان ( قارب كولان وكابيتان ٢ فقرة ١١٨ ) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشتري يبرئها أو يبرئ أن يبرئها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشتري يبرئها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع غلو المبيع من حقوق الارتفاق ( استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ - ٢٢٧ - بودوي وسينيا فقرة ٣٨٧ - دي باج ٤ فقرة ١٣٩ - بلانويول وويرير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٣٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ حميد عل إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبد النعم البدواي فقرة ٣٠٢ ) ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يبرئ تقريرها . والقيود الناشئة من خط التنظيم تعتبر أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أو قانونية كحق الارتفاق الناشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الفعلي ، بل هي قيود قانونية للمفروض أن المشتري يبرئها ( استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودوي وسينيا ص ٢٥٢ هامش رقم ٢ ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بنزع ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعي بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء ( استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩ ) . لكن إذا تمدد البائع إخفاء خط التنظيم من المشتري ليحصل على ثمن أمل ، فإنه يكون قد غش المشتري ، ويرجع هذا بدوى للتدليس ( استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر ) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع في خط التنظيم يعد مبيعاً خفياً في حكم المادة ٤٧٧ مدني ، لأنه ينقص من قيمة المبيع وتنفعه بحسب النية التي تستلزمها المحكمة من وقائع الدعوى والحرف الجاري وما يستفاد مما هو عين بالقصد وطبيعة العقار المبيع والقرص الذي أمده له وهو استماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا قصد المبيع وقت الشراء بمثابة الرجل المتداع أن يتبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن اللبيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يمكن مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية لدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدني تنص على ضمان البائع =

وليكون علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قلنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهرة ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو بعينه المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . وبخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيكفي أن يعلم البائع للمشتري بوجود هذا الحق (٢) . وليس هذا الاعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكوته في هذه

---

== إذا وجد المبيع مثلاً بتكليف (charge) وكانت عبارة المشتري من ذلك بلغت قدراً لو علمه لأم القصد . ومباراة «تكليف» تشمل بمصومها كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى القيود القانونية التي تحد من نطاق حق الملكية ، والمفاد الداخلي في خط التنظيم يكون مثلاً بتكليف لمصلحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ٤٤٤ (مصر للكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ الحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ٩١٦) .

(١) استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ومع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود لو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (بردي وسينيا فقرة ٣٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٦٥ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥) . وإذا كان المبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يضمنه ولو لم يفرد بالذكر في عقد البيع . فإذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن اطمان المشتري إلى وجوده الظاهر ، جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان (بردي وسينيا فقرة ٣٩٠ - دى باج ٤ فقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٣٤٦ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٠٥ - استئناف مخطوط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩١٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ - وانظر خلافاً في هذه المسألة مع ترجيح هذا الرأي أنميكلويدي دالورز ه لفظ vente فقرة ١٣١٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلة بأنه إذا ضمن البائع علم المبيع من أي حق ارتفاق ، فظهور ارتفاق حقل على المبيع يوجب الضمان إذا كان المشتري قد اعتقد أنه موجود على سبيل التقاسم (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩) .

(٢) ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يمكن التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ وحاش رقم ١) - ولا يوجد شكل خاص للاعلام ، فيصح أن يكون شفوياً ، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود حق الارتفاق .

الحالة رضاه ضمنى بإسقاط ضمان البائع (١) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ : معنى السالفة الذكر (٢) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقتين أو من كليهما (٣) ، فلا يكفي إسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذي يقترب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً يتطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه بإسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذي تولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتوافر فيه هذا المعنى . ويرتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترجع المشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام إعلام البائع المشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ ) .  
ويلاحظ أن العبارات المنقضة تجعل إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام أمرين ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الضمان يقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذي يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على إسقاط الضمان إطلاقاً لا على مجرد إنقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على إنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(٢) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي المقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدني الفرنسي — وهو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني السالفة الذكر — أن يحصل المشتري طلع بحق الارتفاق من أي طريق آخر ( بودوي وسينيا فقرة ٢٨٦ ص ٢٩٦ - بلانويك وروبير وعامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ - بلانويك وروبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٠٢٨ ) . قارن دي باج ٤ فقرة ١٤٢ .

(٣) أنظر من هذا الرأي الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٥ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٨٧ - الأستاذ عبد المنعم البراوي فقرة ٣٠٤ ( مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق محرم من التوقيعات ) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٥٥ و ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٢٩ هامش رقم ٢ .

( م ٤٥ - الوسيط ج ٤ )

يعلم به البائع المشتري ، فان مجرد تسليمه لا يستخلص منه علم المشتري به العلم  
الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فالـم يشترط البائع عدم ضمانه حتى ارتفاق مسجل  
لزمه الضمان (١) .

**٣٩٥ - ارتفاق على إسقاط الضمان :** وقد يصل البائع إلى حد أن  
يشترط على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً (٢) ، فلا يكون البائع

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٤٥ -  
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٢٦  
هامش ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٠٣ - الأستاذ منصور مصطف منصور  
ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي  
فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضي باحترام المشتري لحقوق  
الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد  
قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المزوج ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة  
مقار آخر ، وقد حافظ صاحب المقار المحكوم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ،  
وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراعي عليه المزايد احترام حقوق  
الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تخلف هذا الأخير بحسن نيته وإدعاء عدم علمه بوجود هذا الحق  
يكون غير منتج (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦  
ص ٩٩٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كما قلنا ، يلعب أكثر  
التفهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه  
في الرجوع بالضمان : لوران ٢٤ فقرة ٢٦٩ - جيوار ١ فقرة ٤١٠ - لوبري ورو  
فقرة ٣٥٥ هامش ٥٥ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ - بلانوي وروبيرو وبلانجيه ٢  
فقرة ٢٥٣٩ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ . وجملة الرأي أخذت بحكمة النقض الفرنسية  
( ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ دالوز الانتقاضي ١٩٤١ - ١٠٧ ) ، ولكن ينبغي بعض التفهاء  
إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشتري ويسقط حقه في الضمان ( بلانوي  
وروبيرو وهامل ١٠ فقرة ٦٠٤ - كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٠١ ) . ويقول بعض آخر إنه  
مع التسليم جداً بأن حق الارتفاق المسجل يعتبر معلوماً من المشتري . ولو لم يعلم به فضلاً ، فانه  
يجب استثناء حالتين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رب الأسرة ،  
فهذه لا تسجل . (٢) حق ارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ،  
فانه لا يكون معلوماً من المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمة البائع بالرغم من تسجيله  
( بيان ١١ فقرة ١٩٨ ) .

(٢) ويشترط شرط إسقاط لضمان الترضي الصادر من الغير أن يشترط البائع أنه غير مستول  
إلا من الترضي الصادر عن شخصه ( بلانوي وروبيرو وهامل ١٠ فقرة ١٢٣ ) .

مستولا إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (١) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان (٢) هل هذا العفو ، فانه يبقى مع ذلك مستولا عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدني) . ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني على هذا السؤال ، أولا ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع . فاذا كان البائع يعلم مثلا أن المبيع عليه حق ارتفاق خفي لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فان البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدني على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يعتمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فان البائع يبقى مستولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٣) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرده ، لا يفي البائع إلا من المسؤولية عن التعويض ، أما المسؤولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٦ .

(٢) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة « عدم الضمان » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني ، فان المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه ( الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١ ) .

(٣) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدني القوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدني ، ويبدو أن القوائد تدخل في التوضيحات فأغفلها النص عمداً ( أنظر الأستاذ حيد المنم الجرداوي ص ١٩٥ هامش ١ )

(٤) استئناف وطني ٢ فبراير سنة ١٩١٥ الترائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٥ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن جسيماً لو كانه جسيماً ولكن المشتري اغتار استقواء المبيع ، =

ونجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ ملني على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذي لم يعتمد بطبيعة الحال إعفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضاً من قيمة البيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفي أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى عالماً بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً (٢) . ففي هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتمالي أقدم عليه المشتري محتلاً خطره ، وقد روعي ذلك بطبيعة الحال في تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولاً نحو المشتري عن شيء (٣) . ولا يشترط في إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو

= فلا يسترد المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئي ( الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٦٧ هامش ١ ) .

(١) استئناف وطني ١٧ مارس سنة ١٩١٤ الجمعية الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ للترائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٥ الجمعية الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الممامة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ - استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ١١ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٠ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٢٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك ( بودوي وسنيا فقرة ١٠٩ ص ٤١٧ ) .

(٢) استئناف وطني ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ الجمعية الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع إنه يهدف في هذا المعنى : « ويكون البائع غير مسئول من رد شيء ما إذا سحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شرائه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ ) - وقد كان هذا هو الحكم في عهد التقنين الذي السابق : استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩٩٥ م ٥ ص ١٤٦ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - ٥ مايو



ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترناً بعبارة أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار . بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً ، وأنه في حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسئولاً عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، كأن يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئاً إطلاقاً ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكفي المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حتماً أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار (٢) .

== سنة ١٨٩٧ م ص ٣١٦ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدخل البائع خصماً في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبي حتى يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم للمشتق بالرغم من ذلك لم يكن المشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع ( ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٢ ) . ويجب على كل حال ، في حالي شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري لشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أي يكون قد أطلع المشتري على كل سبب يعلمه يحتمل أن يكون مصدراً للاستحقاق ( استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣ ) .

(١) بودري وسيتيا فقره ٤٠٩ ص ٤١٧ - الأستاذ منصور منصور ص ١٩٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقره ٢٦٤ .

(٢) ولا يمكن إسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان ( بودري وسيتيا فقره ٤٠٩ ص ٤١٧ - ص ٤١٨ ) . هذا وقد نصت المادة ٤٦٠ مرافعات على أن كل شرط في قائمة شروط البيع يقضي بعدم ضمان الاستحقاق أو بأن يكون المشتري ساقط الخيار لا يترتب عليه إلا الإعفاء من التضييعات لا من رد الثمن . فهذا النص يفارق الأحكام التي قدمناها من ناحيتين : ( أولاً ) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يفي من رد الثمن ، وإنما يفي من رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . ( ثانياً ) شراء المشتري ساقط الخيار كان من الواجب أن يفي أيضاً من التضييعات . وظاهر أن نص نصين المرافعات لم يفسد مع نصوص التفتين المدق . ولكننا مع ذلك لا نرى مانعاً من القول ، مع الأستاذ عبد المنعم البدراني ( فقره ٣٣١ ) ، بأن الأحكام الواردة في نصين المرافعات تسري في الدلالة فيما بين الراسي عليه المزداد والماتين ( فيجوز الراسي عليه المزداد أن

## المبحث الرابع

### ضمان العيوب الخفية

#### وقوات الوصف

٣٦٠ - مصرية سماه العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التمرض والاستحقاق ، يتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستثناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ إن البائع لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للفرض الذي أعد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، مع شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للفرض الذي أعد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فإن للمشتري أن يطلب إبطال للبيع لنقل جوهرى في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى القسح وعن دعوى الإبطال للنقل ، كما تميزت دعوى ضمان التمرض والاستحقاق عن دعوى القسح وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة القسح وفكرة الإبطال

---

== يرجع على المائتين بالفرن على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ولا يطعهم شرط عدم الثبوت أو إقرار المشتري أنه اشترى سائط الخيار إلا من التضمينات ) ، أما أحكام التقنين المدني فهي سارية فيما بين قراس طيه الزاد والبايع ( تارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١ ) .

وتجعل التعويض فيها بعيداً عن أن يكون عرض تطبيق للقواعد العامة . وسرى أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيع القضائية ولا في البيع الإدارية إذا كانت بالزاد ( م ٤٥٤ مدني ) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ( م ٤٥٢ مدني ) . وسنجد في آخر هذا المبحث موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأينا ، يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأثرها الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة ( Ediles curules ) يهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عتوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة بسبب إختلافها ، وكانت الأيادي تتداولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (actio redhibitoria-action redhibitoire-redhibere : reprendre) ، وهي دعوى جنائية رد بها المشتري المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى إنقاص الثمن (actio aestimatoria, quanti minoris-action estimatoire) ، وبها يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويتين ، على أن يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان تجعله ينقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا ما في الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، هذا إلى الخشية من مزاعم المشتري لعيوب في المبيع يدعون وجودها بعد مدة طويلة فتتعلل معرفة مصدرها . ثم امتد هذا الجزء من بيع الحيوان والرقيق إلى بيع السلع الأخرى ، حتى عم في عهد

جوستينيان (١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدّة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدعى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل يتعلو معه التعرف على مصدر العيب ، والخيلار التي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن (٣) .

٣٦٦ - **شُرْطُ ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يماز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيلزة**

---

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالمهدة ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كأنما في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع مهدة ويكون سئولا عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد ( جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦ ) : « أنفرد مالك بالقول بالمهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى المهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : مهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، ومهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون فأحدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . ومهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما مهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأعداء الثلاثة . وهذه المهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أستاذ البيع في كل ما اقتصد به المالك والمأكرة وكان يبيعاً لا في السنة . وهذا ما لا خلاف فيه في المذهب (مصادرالحق في الفقه الإسلامي المؤلف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانطلقت - هذا التقنين المصري والقروني - إل التقنين الإيطالي القديم ( م ١٥٠١ وما بعدها ) ، وإل التقنين الأسباني ( م ١٤٨٦ وما بعدها ) ، وإل تقنين الالتزامات السويسري ( م ١٩٧٢ وما بعدها ) ، وإل التقنين الألماني ( م ٢٥٩ وما بعدها ) .

(٣) ميدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلائيول وريبيرو هامل ١٠ فقرة ١٢٥ - كولونوكايتان ٢ فقرة ٩٢٠ وقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيها أعد له ، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي الذي يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان العيوب الخفية ، وأشير إلى هذه القواعد في العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به ، لا سيما في عقود التبرع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية .

ففي عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ( م ٤٨٥ مدني ) . وفي عقد الشركة نص على أنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا ظهر فيها عيب أو نقص ، أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمالك فإن أحكام الإيجار هي التي تسرى ( م ٥١١ مدني ) . وفي عقد القرض نص على ضمان العيب الخفي ، فيز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة كل نوع من هذين النوعين ( م ٥٤١ مدني ) . وفي عقد الإيجار تناولت النصوص العيوب الخفية على النحو الذي اتبع في عقد البيع ، مع إدخال مقتضيه طبيعة عقد الإيجار من تعديلات على أحكام الضمان ( م ٥٧٦ - ٥٧٨ مدني ) . وكذلك الأمر في عقد المفاوضة (١) ( م ٥٥١ - ٦٥٤ مدني ) ، وفي عقد الهبة وهو عقد التبرع الرئيسي فانحصر ضمان العيوب الخفية في نطاق مملوك اقتضته صفة التبرع ( م ٤٩٥ مدني ) ، وفي عقد العارية (٢) ( م ٦٣٨ / ٢ مدني ) .

---

(١) أنظر في أن أحكام العيب الخفي الخاصة بالبيع لا تسرى في عقد الاستصناع إلا إذا اختلط البيع بهذا العقد : نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة الأحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٢ .

(٢) أنظر تعليقاً لبلاتون في المجلد ١٩١٢ - ١ - ١١٢ ، حيث ينتقد حكيم صادرون من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ رفضاً لتطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في مدني البيع في حالة ظهور عيوب في أبواب الخشب تمهيداً لمقاولون ومهندسون معاصرون يدعى أن المدعي مدعي مقاول لا تسرى عليه أحكام مدني البيع في العيوب الخفية .

٣٦٢ - المسائل التي يقاؤها البحث : ونجرب في بحث ضمان الميوب الخفية كما جربنا في بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان الميوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

## ١٩ - متى يقوم ضمان الميوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجرب هنا أيضاً على النحو الذي جربنا عليه في ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : ( أ ) الميوب الموجبة للضمان . ( ب ) المدين في الضمان . ( ج ) الدائن في الضمان . ( د ) البيع الذي ينشئ الضمان .

٣٦٤ - ١ - الميوب الموجبة للضمان - النص من القانون :  
ننص المادة ٤٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبيع في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع الميوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يقينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

---

== ويفيد بلانيول في هذا التطبيق إلى وجوب سريان هذه الأحكام لا في عقد البيع فحسب ، بل أيضاً في كل العقود الأخرى إذا كانت حقوق متوافرة ناقلية للملكية ( بلانيول وريير وهامل ١٠ ص ١٢٠ هامش ١ ) .

وتنص المادة ٤٤٨ على مايلي :

« لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه (١) » .

وقابل هذه النصوص في التفتين المدفئ السابق المواد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٧ : ورد هذا النص في التفتين الأول والثانية من المادة ٥٩٣ وفي المادة ٥٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في البيع ، وقت التسليم ، الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من فله ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في الفقه ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو من الفرض الذي أعد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن حالاً بوجوده . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي عرفها عند التفرز إذا كان للبيع من المثلثات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يكتبه بنفسه أو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له غلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد قصد إخفاء العيب عن شخص منه . وفي لجنة المراجعة أدرجت المادتان في مادة واحدة لأن الثانية تكلة لضرورة للدول ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقمها ٤٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظي آخر وبه أن استبدل بعبارة « بما ينبغي من العناية » الواردة في الفقرة الثانية بعبارة « بعناية الرجل السامع » أخذاً بالمعيار العام في العناية ، نصار النص مطابقة لما استقر عليه في التفتين المدفئ الجديد وأصبح رقمه ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدله لجنة ( مجموعة الأعمال التمهيدية : ص ١٠٩ و ص ١١١ - ص ١١٣ ) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٣ الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدي على وجه يطابق ما استقر عليه في التفتين المدفئ الجديد . واثير في لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٥٩٣ لأنها تقرر حكماً مستقلاً ، فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص المستقل المادة ٤٦١ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، فبطل الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ ( مجموعة الأعمال التمهيدية : ص ١١٣ - ١١٤ ) .

(٢) التفتين المدفئ السابق م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري ، أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له . م ٣٩٥/٣٢٠ : لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو لم به المشتري طناً حقيقياً . م ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ : لا يكون العيب عيباً واجباً لضمان إلا إذا كان قديماً ، والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كان عيباً معيماً ، أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عيباً معيماً .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ -  
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
الليثاني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (١) .

== ( ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها  
ما بيتهه المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد على الوجه الآتي : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً  
مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي ( عدم  
صلاحية البيع لما أعد له ) وطوراً ذاتي ( نقص القيمة التي اعتبرها المشتري ) . (٢) ينقص التقنين  
السابق أن يحدد معنى غناء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فحدد بين ذلك في وضوح .  
(٣) زاد التقنين الجديد بعض التفاصيل الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يتلوه  
المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد  
جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعده إخفاؤه  
يجعله ضامناً للعيب حتى لو لم يكن غفياً مادام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤  
ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتد في وجود العيب  
بوقت البيع في العين المعنية بالذات وبوقت التسليم في العين غير المعنية إلا بالنوع ، وهذا لا يصح  
إلا في قانون كالتقانون الفرنسي يجعل تيمم البيع قبل التسليم على المشتري لا على البائع ،  
أما حيث تكون تيمم التبع قبل التسليم على البائع كما في القانون المصري فالواجب ضمان البائع  
لعيب متى وجد قبل التسليم ولو في العين المعنية بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد ) .  
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان  
لمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا  
مقالة ١٩٦ - مقرة ٢٠٤ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ - ٤٢٧ (مطابقتان لمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري غيراً  
إن شاء رده وإن شاء قبله بشئ المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند البيع  
وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع صفة . ويكون  
قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .  
م ٥٥٩ : لا يضمن البائع شيئاً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه  
أو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكله له غلو المبيع من هذا  
العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

( وشروط العيب الموجب لضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي - أنظر في القانون المدني  
العراقي الأستاذ حسن القانون مقرة ٢٤٤ - مقرة ٢٥١ - الأستاذ عباس حسن المبررات  
مقالة ٤٧٧ - مقرة ٤٠٢ ) .



ويعتبر من هذه النصوص أنه العيب في المبيع حتى يوجب الضمان بحسب أن توافقه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١) .

### ٣٦٥ - (١) يجب أن يكون العيب مؤثراً - والعيب المؤثر للموجب

للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع ، فعبار العيب هنا موضوعي محض (٢) . وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعتها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو

== تقنين الموجبات والقود البتاني م ٤٤٢ : يفرض البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أنه له بحسب ماهيته أو يقتضي عقد البيع . ألقط العيوب التي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها مرفأة . فلا تستوجب الضمان . ويفرض البائع وجود الصفات التي ذكرها هو ، أو اشترط الشاري وجودها . م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغير فيها كالأثمار ذات التلف البائس ، فالبائع لا يفرض عيوبها الخفية إلا إذا غشها صراحة أو كان العرف الملج بوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يفرض وجود صفات النموذج في البضاعة المباعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، قبل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .

م ٤٤٥ : لا يفرض البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع شيئاً مبيعاً بذاتها ، أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف .

م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق لمشتري أن يعرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بخلاف المبيع منها .

( وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري والبتاني ) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ - والمشتري هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، وبخاصة وإلى الخبراء الفنيين ( لوران ٢٤ فقرة ٢٨٦ - : أبريل وروه فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٣ - بلانويك ورييه وهايل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vice Réd. فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ صه النمير البدواوي فقرة ٣٤١ ) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذى أعد له ، (١) .  
فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه  
المادى ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء  
دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض  
المقصودة ولكن بها عيب خفى فى المقاعد أو فى النطاء أو فى غير ذلك من أجزائها  
مما لا يؤثر مطلقاً فى صلاحيتها للسير والوقاء بجميع الأغراض المقصودة منها ،  
فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان  
للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع  
الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب  
خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها  
لا تزال تحفظ بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه  
القيمة . فإذا كانت المنفعة التى تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ،  
كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره  
أيضاً موضوعى محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة  
٤٤٧ مدنى : ما هو مبين فى العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو  
الغرض الذى أعد له .

فقد يمتاط المشتري ويبين فى عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ،  
فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا  
كان بالمبيع عيب خفى يخل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع  
على البائع بضمان العيب الخفى . وليس مع الضرورى أن تكون المنافع المذكورة  
فى العقد هى المنافع المألوفة ، فقد يشترط للمشتري على البائع منافع أخرى قصد

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « ويرجع فى تقدير ذلك إلى معيار مادى  
فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين فى العقد - أى الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى  
الغرض الذى أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة  
فيه » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠ ) .

(٢) وقد تكون المنافع كالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة ( أنسيكلوبيدى دالوز له لفظ  
Vice Réd. ١٨ - وقارن أوبرى ورو - مقرة ٢٠٠ مكررة ص ٨٢ - بلانول وريبير

دروانجي ٢ مقرة ٢٤٧٨ ) .

إلها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المبيعة يسمل عليها السير في الطرق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدرأ معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) . وهذا ما يدهي في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني حين قالت : « إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه » . وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري المذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يكفي ذكرها ضمناً ، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض فيه أن يكون للمبيع مطابقة للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (٢) .

(١) أنظر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة الطارئة عل المبيع وبين تخلف شرط كفاية البائع ، وفي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تدمر أن تكون إخلالاً بشرط في العقد ولكن المشرع أجرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢١٥ - ص ٢١٩ .  
(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٣ - وقارن استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٦ ص ٣٨٥ .

ونرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالفرض الذي أعد له المبيع ، ويستفاد هذا الفرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يمتد في تقدير العيب المؤثر ، بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقدين كأي الحال في النسلط ، فهذا معيار ذاتي ويتمشع مع فكرة النسلط . فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر ، بل كان هذا يعلم بالنسلط الذي وقع فيه المتعاقدين الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية — وهي أمر نفسي — مستأجها في النسلط ويكون العقد قابلاً للإبطال . أما في العيب المؤثر بالفرض الذي يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يكفي أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو طمحه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالعيار هنا موضوعي لا ذاتي ( قارن الأستاذ جبل الشرفاوي ص ٢٧٥ هامش ١ ) .

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمنياً - عن المنافع المقصورة من المبيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء . فاذا كان المبيع دار للسكنى ، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشيء من هذه الأغراض إخلالاً محسوساً رجع المشتري على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصودة منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية ، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع متجرراً ، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه ، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فاذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً فى المتجر يوجب الضمان (١) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن ، وكشف المشتري الخيال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يجدد ، كان هذا عيباً خفياً فى المبيع يتلأم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هى التى تحلّى المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تخل بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (٢) .

(١) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع صيدلية ، أن يجد المشتري بعض الديون التى للصيدلية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً فى الخزنة ، لا سيما إذا ثبت أن البائع ، وهو وارث صاحب الصيدلية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الثمن قد اقتطعت نسبة معينة من إيرادات الصيدلية فى نظير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مونتبل ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٢) .

(٢) فاليفور التى يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مضاعفة الأراضي الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بذور من نوع آخر وقد غرست فى جميع الأراضي على نخل واحد (بودوى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة راباً) . ويعتبر عيباً خفياً فى السندات أن يتبين أنها استهلكلت قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة أو صفيت (بودوى وسينيا فقرة ٤٢٦ مكررة ٤٣٩ مكررة ، وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرولى فقرة ٥١٥) ، وفى المتجر أنه سحب رخصت (الأستاذ محمد إمام ص ٣٨٠) أو سمته (الأستاذ أحمد نجيب الملل وحامد زكى ص ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان المبيع بضاعة يشوبها عيب فى الصفة ، =

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذى أعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التى تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع فرساً حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الفرس معداً للسباق واشتره المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الغرض الذى أعد له الفرس يخصص بالمنافع المقصودة منه وهى أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالغرض الذى أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمنياً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النجوى الذى سبق بيانه ، ولكن العرف فى التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية اشتباهه على كمية مألوفة من الأتربة (١) ، وفى بعض عيوب القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يعلوها العرف فتى استوفى القطن شروط المرتبة التى ينتمى إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون مقساعاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٢) .

---

== وجب الضمان ( استئناف مخطئ ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧ ) . وإذا كان المبيع ورق سبائر لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ( استئناف مخطئ ١٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣ ) .

(١) ووجود بعض مواد غريبة فى حب السم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان مما يتسلخ فيه عرفاً ( استئناف مخطئ ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٦ ) .

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والنفود البناء مثلا لعيب الذى يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً للضمان ومتى يكون مقساعاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتى : « أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأنهار ذات التلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحل يوجب عليه == ( م ٤٦ - الوسيط ج ٤ )

٣٦٦ - (٢) يجب أنه يكره العيب قديماً : ولا يكتفى العيب أن يكون مؤثراً ، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمقصود بقدم العيب أن يكون موجوداً في المبيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه . وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذي يعتد به في وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن الشيء غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به في هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاته ، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذي يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفى وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب في الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً في هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

ومخلص مما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع للمشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . أما إذا حدث العيب

---

= هذا الضمان ( أنظر آنفاًقرة ٣٦٤ في الماش ) . فالبلطخ والقيح والجرذ والورز والبقع ونحو ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها متساعاً فيه ومتى يكون العيب متوجعاً للعدان .

(١) والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفى في الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشتري حين تسلّم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه بهذا الاعتبار ( قلن الأستاذ منصور منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦ ) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية التي نحن بصدده إذ العيب ظاهر وليس خفياً ، وإنما هو تحمل لثبته ذلك المبيع أو ثبته قبل التسليم ، وهي تبة يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قلن مع ذلك ما جاء الماكزة الإيضاحية لمشروع التمهيل : « ... أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وطناً ما يبر عنه عادة بالعيب القديم » ( مجموعة الأعمال المصيرية =

بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري ، فان البائع لا يكون ضماناً له ، ويحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولاً عن إخلاله .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فاذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو « ميكروب » المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فاذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فان العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلل أو بالخشب بدء تسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر التسوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أنه بكونه العيب خفياً : ولا يكتفى أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فاذا كان العيب

(= ص ١١٠) . وقارن أيضاً المادة ٢٢٢/٣٩٧-٣٩٨ من التفتين الملحق السابق ، وهي تنص على أن « المراد بالعيب تقديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيناً معينة » ( انظر آتياً فقرة ٣٦٤ في الحاشي ) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسي ص ٢٣٨ - الأستاذ جميل الشراوي ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٣٩ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في مذهب الشافعي ، تختلف فيها . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان حيداً فزرق أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » ( المذهب ١ ص ٢٨١ ) .

أما في فرنسا فالفقه والتضاء متفقان على أنه يمتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعده ذلك ( تنص فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٢ دالور ١ - ١ - ٢٠٤ - يودري وسبنيلا فقرة ١٢٢ ص ٤٢٠ - ص ٤٣١ - بلانول وبيير وعامل ١٠ فقرة ١٢١ ) . وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، يجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا وزعت المسؤولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك ( م ٢٠١٦ ملق ) : انظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠ .

ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بل رضى أن يتسلمه ، فإن البائع لا يضمنه ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض . يكون قد ارتضاء وأسقط حقه في التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدني ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشتري قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون مكوثه نزولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يتبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادي ، فإذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذي يحمل تبعة تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادي قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عند التسليم (٣) ، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس إلا

---

(١) وكون المبيع ليس له سلك الطريق العام يعتبر حياً ظاهراً (استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض المبيعة آتياً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٧ - استئناف مخطط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .



بطريقتين معينين سيأتى ذكرهما فيما يلى .

ويكون العيب خفياً ، فيضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب وقت تلم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تتيه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى . وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص ، كما إذا اقتضى تبين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى ، أو احتياج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً كيميائياً ، أو نحو ذلك (١) من الأبحاث التى لا يلجأ إليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى (٢) . أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادى ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان (٣) كما سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يتبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية (٤) . فانه يحمل فى هذه الحالة مسئولية تقصيره فى الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته (٥) .

(١) كحفر الأساس لاختبار متانة البناء ( استئناف مخطط ٢١ يوتيه سنة ١٩٢٨ م ٥٠

ص ٤٥٦ ) .

(٢) كميوب فى السيارة أو فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال الشيء مدة غير قصيرة ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦ ) ، وكثيرة الأملاح فى الأرض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم ( الأستاذ محمد عل امام ص ٣٧٩ ) ، وكضعف احتياى الحديد ( الأستاذ منصور مصطف منصور ص ٢٥٥ ) .

(٣) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠

م ٥٢ ص ١٣٥ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١ ص ١ .

(٥) بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٢ - الأستاذ محمد عل امام ص ٣٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٧١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ٣٩٧ هامش ٢ .

فإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتسكع بميوب فى الأرض يستطيع أن يتبينها الشخص الخبير بحرفة مألوفة بالأراضي الزراعية ولم يتبينها هو لنقص خبرته . وإذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتسكع بميوب فى البناء يستطيع أن يتبينها المهتمس المهامى من طريق فحص المتانة المألوف ( بودرى وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ) =

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تتيته بالفحص المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتمداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجوع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكتفى أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا القرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تتيته بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقي بعد ذلك أن نقرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تتيته ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبين أنه يحل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذي بال ، ثم ظهر

---

== وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القناون ظاهراً متى كان يدركه النظر البسيط ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً متيناً بذاته مقدراً يستوى نظر الشخص الفاضل المنزه للأمر . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات الظهور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البلور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد خالف القناون ( نقض مدق ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة جمر ٥ رقم ٢٢٩ ص ٥٠٠ - أنظر أيضاً استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٠ م ٢ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ٢٥٤ ) .

(١) مثلي ذلك وضع نوع خاص من البزير في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحها ودعائها بطلاء يفتن عيها ( الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٠ ) .

بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بمنفعة من المنافع المقصودة ويجعل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للفرض الذى اشتراه من أجله . فهل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يكتفى بظهور العيب أو إمكان ظهوره بالفحص المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضى به مادام لم يعترض ، بل يجب فوق ذلك أن يكون المشتري وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشتري هو الذى يحمل عبء الإثبات ، فإذا سكت عن العيب افترض رضاؤه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت في الوقت ذاته أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أنه يكونه العيب غير معلوم للمشتري : وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذى بيناه ، فإنه لا يكون عيباً موجباً للضمان إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فان علم المشتري بالعيب وسكوته عليه بعد رضائه منه به ، ونزولاً عن حقه في الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا : ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع .

وما دام العيب خفياً ، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن (٣) .

(١) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من الذبوع والانتشار بحيث يكون من المعقول أن المشتري يتوقع أنه يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشتري يعلم بمثل هذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يجهله . ويمكن إذن في هذه الحالة أن يشترط للمشتري على البائع ضمان مثل هذا العيب =

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضماناً . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

== إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض في الأشياء المستقلة إذا بيعت أنها لا تخلف من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بيب من هذه العيوب المخالفة عليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . عل أن هذا مقصور على العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري ( بودرى وسينيا فقرة ٤٢٠ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢٢ ) .

ويتوجب على ما تقدم أن المشتري مفروض فيه أن يعلم أن مستأجر الدار له الحق في طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني الذى يسمح به قانون إيجار المساكن ، فلا يستلزم أن يمتنع بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانوني أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة ( بلانيول وريبير وعامل ١٠ ص ١٤٨ حاشى رقم ١ ) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٠٢ حاشى رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الخدس . وقد قضت محكمة النقض في شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان في عهد التقنين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارع في المادة ٢٢٤ مدنى ( ٥٥٢ مدنى جديد ) هو العلم الحقيقى دون العلم بالشكك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت ما حصلت من فهم الواقع في الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب في البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الحق الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التعويضات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفضها المشتري مهد بتقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى يترتب عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت في قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها ( نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ١٦٥ ) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان ( استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧ ص ٩٤ ) .

ولا كان جهل المشتري. للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فانه يظل أن يكون المشتري، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جوهري ، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويكون للمشتري أن يختار بين الدعويين . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا يضمنه إذا جهله ، فإن علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . وتنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٧٧ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط على النحو الذي سنتفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً في مقدار التمييز الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

### ٣٦٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان

**المقتضى :** المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه إلى وارثه ، بل يبقى هذا الالتزام ديناً في التركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضمأن العيب الخفي ، لا على الورثة ، بل على التركة ذاتها ، فإذا ماتت الورثة منها التمييز المستحق ، أخذ الورثة مابقى من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمأن العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع الخاص في العين المبيعة .

ويتحمل دائن البائع التزام البائع بضمأن العيوب الخفية على الوجه المقرر في القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائناً للبائع بضمأن العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائني البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كفيل البائع ملزماً مثله بضمأن العيوب الخفية ، ويجوز للمشتري أن يرجع عليه بهذا الضمان طبقاً للقواعد المقررة في الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهي في صورتها تنتهى إلى تعويض كما سئرى ، قابلة للاقتسام (١) . فإذا باع شخصان عيناً شائعة بينهما ، كان للمشتري أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع ، ولا يجوز له أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا في التزامهما نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضمان العيوب طبقاً للقواعد المقررة في التضامن .

### ٣٧٠ - (ج) الدائى فى ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان

**للمتقسام :** الدائن فى ضمان العيوب الخفية هو المشتري . وينتقل حقه إلى الوارث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه فى العين ، ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تفرق عليه الصفقة (٢) .

وينتقل حق المشتري أيضاً إلى خلفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة إلى مشتر ثان ، كان لهذا المشتري الثانى - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول فى العين - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثانى (٣) . ومن ثم يكون للمشتري الثانى ، لضمان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : (١) دعواه الشخصية ضد المشتري الأول بضمان العيب الخفى ، وهى الدعوى التى استلها من عقد البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها

---

(١) بودوى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd.

فقرة ٨٥ .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd.

فقرة ٨٥ .

(٣) أوبرى ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٧ .

تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على البائع ، وبشرك معه فيها سائر دائني المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يراحم فيها المشتري الثاني سائر دائني المشتري الأول ، وتفق معها في أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . ويلاحظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يدخل البائع ضامناً في هذه الدعوى . والمفروض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

### ٣٧١- (د) البيع الذي يغشى ضمانه العيوب الخفية : نص قانوني :

تنص المادة ٤٥٤ من القانون المدني على ما يأتي :

---

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظل خفياً على المشتري الثاني ، فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع وسكت ، لم يكن له الرجوع بضمان العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع ( بودوي وسينيا فقرة ٤٢٢ - الأستاذ محمد علي امام ص ٣٨٨ ) .

**٥- لآ ضمان للعيب في البيوع القضائية ولآ في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (١) .**

والسبب في ذلك ، كما نقول المذكرة الإيضاحية ، أن البيع بالمزاد ، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأُتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقعه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين (٢) . ومن ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي يتحتم إجراؤها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وبيع أموال القاصر والمحجور في المزداد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم في كل هذه البيوع .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع القمهيدي عل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :  
« لا تسع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد » . والحكم متفق مع حكم التقنين الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ ( مطابقة لسنة ٤٥٤ مصرى . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٠٧ ) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ ( مطابقة المادة ٥٥٤ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . ( ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن المصراف فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٧ ) .

تقنين الموجبات والقيود البناني م ٤٦٤ : لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية ( ولم يذكر التقنين اللبناني البيوع الإدارية بالمزاد ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٩ .



أما البيوع الاختيارية، حتى لو أجريت بطريق المزاد كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها (licitation)، فيقوم فيها ضمان العيب (١).

وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد، يقوم ضمان العيب في أي بيع آخر، يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣). شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤). كما يجوز للشفع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمان العيب على البائع. ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشروع لأجنبي (م ٨٣٣ مدني) (٥).

## ٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

### ٣٧٢ - دعوى الضمان وما يسببها من أضرار - إذا وجد بالبائع

عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم.

---

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٢٧ - بلانيول وريبير وبولاجيه، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكامبيتان ٢ فقرة ٩٢٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٢٣ - الأستاذ أمور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٠.

(٢) فيقوم ضمان العيب في البناء، وفي الأرض الفضاء، وفي الأرض الزراعية، وفي غير ذلك من المقارات.

(٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية، والحيوانات، ولجسوب والمصنوعات المختلفة، والمشروبات المتنوعة، وفي غير ذلك من المنقولات.

(٤) فيقوم ضمان العيب في المناجر، والأسهم والسندات، والحقوق الشخصية، وفي غير ذلك من الأشياء غير المادية (أنظر بودري وسينيا فقرة ٣٢٠ - فقرة ٤٣٠).

(٥) وقضت محكمة النقض بأن أحكام العيب الخفي في باب البيع لا تنطبق في عقد المعاوضة غير المختلط بالبائع، وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣). أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في دافوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكمين صادقين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ نقضاً بنفس المبدأ (أنفاً فقرة ٢٦١ في المالحش).

فتبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) إخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٣٧٣- إخطار البائع بالعيب - التصوص القانونية - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي .

١- « إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمته البائع ، وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع . »  
٢- « أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٥ من المشروع النهدي ، وكان هذا المشروع يفسن فقرة ثالثة هذا نصها : « عل أنه إذا تسلم البائع تسليط المشتري ، فلا يجوز له أن يمتنع بأنه لم يخطر بالبائع في الوقت الملائم » . وقى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، واستبدل بمباراة « وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه » في الفقرة الأولى بمباراة « وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٩٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - ص ١١٧ ) .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلاً من الإخطار يحمل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب .  
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٧ ( مطابقة لمادة ٤٤٩ مصري ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٨ ( مطابقة لمادة ٤٤٩ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٠ ( مطابقة لمادة ٤٤٩ مصري - وانظر في قانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٢٣ ) .  
تقنين المرجبات والمفرد اللبناني م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من متقلات غير المهورات ، وجب على المشتري أن يخطر في حالة المبيع على أثر استلامه ، وأن يخطر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام من كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالبيع يمد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بعضها عاصي أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشقة المشتري حالت دون النظر =

وبخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة باخطار البائع بالعيب عند كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفى قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تتمتع معرفة مضمائه وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد يدعى بعد مدة طويلة أن البائع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء نكتة للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تسلّم المشتري للبائع كما سنرى . وهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز

---

== في حالة البيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ هيوب المبيع إلى البائع على أنراكشافها ، وإلا فالدعوى مقبولة ، غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتفرد بهذا الحكم الأخير .

٤٤٧ م : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بمرضية مائة المبيع بواسطة غيره يمينه ورئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم يجز المائدة بمقتضى الأصول فصل المشتري أن يثبت وجود العيب عند الاستلام . ولا تطلب المائدة إذا كان البيع منقداً بحسب نموذج لم يتم خلاف على ما فيه . وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشتري أن يتخذ الحيلة للمحافظة على البضاعة مؤقتاً . وإذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بمرضية من رئيس محكمة المحل الذي تكون فيه البضاعة بعد إجراء المائدة المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضي هذا البيع ، كان الواجب التحزم على المشتري أن يجريه على هذا المنوال . وبهذه أن يجبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامناً للطل والضرر .

٤٤٨ م : في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة تكون معاوضات إرجاع البضاعة على البائع .

( وللتفتين البتاني فيما يخص بالمشور غير الحيوان يتفق مع الفتنتين المصري في الأحكام التي وردت في الفتنتين المصري ، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إبعاد الدليل على العيب قطعاً النزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المينة إذا عرفت عليها الخلف أو انقضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً للقواعد العامة ) .

ودعوى ضمان العيب الخفى عن غيرها من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى القسح لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسلم قابلاً بالعيب . فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا اشترى شخص قماشاً من تاجر ، فالتألب أن يكون هذا القماش مطوياً ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمألوف فى التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فإنه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لابد من مدة معقولة تمضى وفقاً للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

أما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إلا إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الإخطار .

ونرى من ذلك أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن

يكون الإخطار دون إبطاء أو في مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلم المبيع تسليماً فعلياً لاحقياً . ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بانذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، ويستطيع أن يثبت بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فاذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبينه فيما يلي . فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (٢) .

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي

---

(١) هل أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجده في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع حسن النية ، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأغفاه عمداً عن المشتري خشاً منه ، فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان ( م ٤٥٣ مدني ) كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقتضي بأنه « إذا تعد البائع تغطية المشتري ، فلا يجوز له أن يمتنع بأنه لم يحضر بالعيب في الوقت الملائم » ، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه يستفاد من قنواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الماشي ) . وقد جاء في تقنين الموجبات والقواعد البنائية نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : « وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع سوء النية أن يتنزع بهذا الحكم الأخير » ( انظر آنفاً نفس الفقرة في الماشي ) .

(٢) للملكة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ -

ص ١٢٢ .

بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من جقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته (١) .

### ٣٧٤ - دعوى ضوابة العيوب الخفية - النصوص القانونية :

تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ » (٢) .

(١) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المبعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت مما يسرع إليها التلف ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري يتخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلعة ، ويستصدر عنه الاقتضاء أمراً من القضاء ببيعها لحساب البائع إذا عشى عليها تلفاً سريعاً . وقد عرض تقنين الموجبات والمقود البناني إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ١٨٨ - ص ١١٩) .

ويقابل في التقنين المدنى السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٢١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعده له .

م ٣٨٨/٣١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء ، يكون المشتري مخيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بمقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذا ثبت علم البائع بالعيب الخفى . م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفى الموجود في المبيع ، فالمشتري له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٣١٨ : إذا كان العيب الخفى الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشتري ، كان المشتري الحق في تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة . م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيوب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، وبتطبيق نسبة هاتين التقينتين على الثمن المتفق عليه . =

## والآن نعرض أن المشتري قد أخطر البائع بالمعيب في الوقت الملائم على

== ( وتختلف هذه الأحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، والمبررة بقوة تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر في القانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٠١ - فقرة ٤٠٧ ) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٨ (مطابقة المادة ٤٥٠ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٩ ( مطابقة لمادة ٤٥٠ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري غيراً إن شاء رده وإن شاء قبله يشته المسمى .

(والحكم يختلف من حكم التقنين المصري كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي بالفقه الحنفي في هذه المسألة ، فهو لا يميز في عبار العيب إلا النسخ أو استيفاء المبيع بكل الثمن . فإذا تمزج النسخ بتمزج المبيع ، جاز للمشتري في هذه الحالة إنقاص الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما تورته المادة ٥٦٥ عراق متفقة في ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي إذ يقول : « بقدر نقصان الثمن بمعرفة أبواب الخبرة ، بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً » ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، ويمقتضى تلك النسبة رجع المشتري على البائع بالنقصان - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢:٧ ) .

تقنين الموجبات والعقود المبنائي م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويجب له علامة على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر في الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع عالماً بعيوب المبيع أو يعدم اتعانه بالصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يباع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع من حسن نية . ثالثاً - إذا كان مجرد الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجاري يوجب وجودها .

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو في حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع متعقداً على عدة أشياء مشتركة صفقة واحدة ، فينبى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري في حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الشيء المصاب بالعيب الموجب للرد كما استلمه مع ما تباه وما يهد جزءاً منه وما التحقق به به إبرام العقد . ثانياً - ثلث المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضي أو الحكم به وثلث الباقي لهذا التاريخ . أما إذا كانت الآثار غير متقدمة وقت البيع ، فيجب للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل التصريح كما يحق ==

الوجه الذى بيناه ، فهو بعد هذا الإخطار يكون له الحق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التفتين المبنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما هى مقررة فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويتين واضح ، فى كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو منه قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : و أما المشروع ( التفتين الجديد ) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فان الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرّر فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسمى يكون المشتري غيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقتضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سبباً لثبوت العيب ، أو سبباً لثبوت العيب ، وفى الحالة الأولى يعرض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقفاً ، وفى الحالة الثانية لا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، (١) .

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل .

---

= له أن يأخذ أيضاً آثار الناحية وإن كان لم يحن . ويلزم من جهة أخرى : لولسان يفتح إلى المشتري نفقات لزوم والقرى والصيانة ونفقات الآثار التى ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات المقدن القانونية . ثالثاً - أن يعرض المشتري من الخسارة التى ألحقها المبيع ، إذا كان البائع محالاً .

( وتختلف هذه الأحكام من أحكام التفتين المصرى كما هو ظاهر ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤ .



ففي الفرض الأول ، إذا كان العيب جسماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفي الفرض الثاني ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسماً ولم يفتقر استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسمي ، أو كان جسماً واختار استبقاء المبيع ، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن في الإنجاز عناصر التعويض في الحالتين ، وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٤ مدني وفي المادة ٤٤٣ مدني التي أحيل إليها .

ففي حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التي قد يرفعها عليه من اشترى منه الشيء المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضي (أوبري ورو ٥ بقرة ٣٥٥ مكررة ص ١٥ - بودي وسينيا بقرة ٢٢٢ ص ٤٥١ - بلانويول وريبير وهامل ١٠ بقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو بصفة احتياطية ، فإنه يتنصر على المحكمة أن تقضي بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلويدي دالورز ٤ لفظ Vice Réd. بقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، في مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكفي بمجرد دفع يديه عندما يطالبه البائع مثلاً بالتعويض (بلانويول وريبير وهامل ١٠ بقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصب المشتري ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع بشيء على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها تركيبه في السفينة ، وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشيء لاتعدام الضرر (بلانويول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسخاً للبيع بالرغم مما جاء بالمذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر ضمان كما هو الأمر في ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

به ، ويرد ما أفاده من نمرات من وقت البيع . وبأخذ من البائع في مقابل ذلك :  
 (١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذى فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك عمل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .  
 (٢) المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكسالية إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (٣) . (٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم .  
 (٤) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطنا في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيئ النية أى يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية .

وفي حالة استيقاض المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيبة ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع

---

(١) بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .  
 (٢) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بما على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذى يسترد المبيع .  
 (٣) والمفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيئ النية . وإذا كان البائع تاجراً أو صانعاً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بافتراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نية ( أنظر ٤٤٩ م من تفتين الموجبات والعقود البتاني آنفاً نفس الفقرة في الماشن) .  
 وأنظر أيضاً في هذا المسئى أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودرى وسهنا فقرة ٤٢٦ ص ٤٥٥ - بلانيرول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٧١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٣٢٢ .

ملاحظة أن يكون البائع سبىء النية مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (١) .

**٣٧٥ - هلك المبيع المعب - نصوص قانونية : وتنص المادة ٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :**

**« تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (٢) . »**

(١) أوبرى دوى ٥ - فقرة ٣٥٥ مكرو هاش رقم ١٤ - جويلر ١ - فقرة ٤٥٧ - بودرى وسبينا فقرة ٤٣٤ - بلانزول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح ممكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أثناءها المشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي ( أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ١٩ ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وتقدراً » . وفي لجنة المراجعة هذا النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدف الجديد ، وذكر في اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذ يتمتع على المشتري طلب التمسك ( أى طلب رد المبيع ) ولا يرجع إلا بضمان العيب ( أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب ) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٥ ص ١٢٥ - ص ١٢١ ) .

ويقابل النص في التقنين المدف السابق : م ٤٠٠/٢٢٣ : إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ رد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مخطط : إذا كان في المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بمحادث قهرى ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه .

( وتختلف هذه الأحكام من أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والمبررة بتاريخ إقرار المبيع في سريان أحكام التقنين الجديد - وانظر في أحكام التقنين السابق الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٤١٢ ) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدف السوري م ٤١٩ ( مطابقة لسنة ١٩٥١ مصرى . وانظر في القانون المدف السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠ ) .

التقنين المدف الليبي م ٤٤٠ ( مطابقة لسنة ١٩٥١ مصرى ) .

وبفرض النص أن المبيع المعب قد هلك بعد أن تسلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا عمل إذن لقيام ضمان العيب . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التفتين الجديد ه اكنى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع . حتى تنفى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (١) .

فهلاك المبيع المعب إذن وهو فى يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان العيب جسماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبى فإنه يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع (٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب

---

= التفتين المدنى العراق م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع فى يد المشتري ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

( وحكم التفتين العراق يختلف من حكم التفتين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراق الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩ ) .  
تفتين الموجبات والنفود البنائى م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شئ ولا خفض الثمن إذا كان لم يصطع رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقرة قاهرة أو خطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق منه صالحاً لما أمده له فى الأصل .  
م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصاباً به أو بقرة قاهرة ناشئة من هذا العيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان من التفتين ، لزمه أيضاً أن يرد بدل البطل وانفسد .

( وحكم التفتين البنائى يختلف بعض الاختلاف من حكم التفتين المصرى ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عدا أن يكون بائناً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

أجنبي ، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع (١) . أما إذا كان المالك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين في حالة استيفائه للمبيع (٢) .

### ٣٧٦ - بعض ظروف غير المبرك نظراً على المبيع المغيب :

وقد يطرأ على المبيع المغيب ظروف أخرى غير المالك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، ناقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي . والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يسار في بعضها المبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناسق في أحكامه ، لوجوب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والنفوذ الجنائي (أنفاً في نفس الفقرة في الهامش) . وفي التقنين الفرنسي (١/١٦٤٧) المالك على المشتري ولو هلك الشيء مغيباً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تحمل تبعته المشتري . وهذا الحكم مستمد من الفقه الفرنسي (جيار ١ فقرة ٤٧٠ - أوبري دور ٥ فقرة ٣٥٥ - عاشم رقم ٢٢ - ولكن بودوي وسيتيا فقرة ٤٣٩ يدلضان عن هذا الحكم لاجتهادات عملية) . والتقنين الألماني (م ٤٦٢) يحمل هلاك المبيع المغيب بسبب أجنبي على البائع لا على المشتري ، كما كان يفعل القانون الروماني (يلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ - حطس ٤) - وهذا هو أيضاً رأي يوتيه (يوتيه في البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكاينتان عن الحكم الذي قرره التقنين الألماني لاجتهادات عملية هي عكس الاعتبارات الضمنية التي دافع بها بودوي وسيتيا عن الحكم الذي قرره التقنين الفرنسي : تطرأ سرقة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما دلت في لجنة المراجعة في شأن النص : أنفاً نفس الفقرة في الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٢ والأستاذ عبد النعم الجبرولى فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٣ .

ولكن إذا كان استحصال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالبطون تفرس في الأرض وكالسياد يخطأ بها ، جاز لمشترى أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بفعله . (١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولم ير المشروع أن يغل ما قرره التقنين الحال (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده »

ونذكر من الظروف التي قد تطرأ على المبيع الميب ، غير الهلاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (٢) تصرف المشتري في المبيع الميب (٣) تحول المبيع الميب إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع (١) . ونبين في إيجاز ماذا يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف

== (٣١٦ - ٣١٧ / ٣٩٠ - ٣٩٢) ، ويشأن ظهور عيب جديد في المبيع (م ٣٩٩ مخطئ) ، ويشأن هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهري (٣٩٣ / ٤٠٠ - ٤٠١) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٥٩٧ من الشروع) ، حتى تثبت الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . (١) وقد تناول التفتين المدني السابق أيضاً عيب بعض المبيع . فنصت المادة ٣٩٠ / ٣١٦ على أنه : في الأحوال التي يثبت فيها المشتري حق الفسخ إذا كان البائع في جلة أشياء معينة ، يظهر بعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع . ونصت المادة ٣٩١ / ٣١٧ على أنه : إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فالمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يتربط على قسمة المبيع ضرره . ونصت المادة ٣٩٢ من التفتين المدني المختلط على أنه إذا كان المبيع في الأحوال المذكورة من الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو في جزء من المبيع .

ولم يمثّل التفتين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذي تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تنص بأن المبيع إذا تيب في بعضه ، كان للمشتري أن يردّه كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان بطله وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧١ - الأستاذ جميل الشراوي ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون للمبيع قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر إلى الغرض المنصود منه ، وهذه مسألة واقع (يودى ومينيا فقرة ٤٤٠ - بيلانور وريجر وعامل ١٠ فقرة ١٣٤) .

وقد أورد التفتين المدني العراقي في هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامي ، إذ نصت لفائدة ٥٦١ من هذا التفتين بأن : ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الخسائر ، وليس له أن يرد المبيع ما لم يرض البائع . أما إذا كان هناك في تفريقه ضرر ، رد المبيع أو قبل المبيع بكليته .

فإذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بسبب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

= وأورد تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع منقداً على مجموع أشياء معينة ، وكان قسم منها متيباً ، حق للمشتري أن يتنزع بالخيار المتروك له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من القطعيات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة بإبدل القطع وللقرير عند الاقتضاء . م ٤٥١ : إذا كان المبيع هذه أشياء مختلفة مشتركة بصفة واحدة ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتيب من تلك الأشياء ، وإن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له . أما إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان ثمن الفروع متيباً على حدة . وعيب الفروع لا يفسخ بيع الأصل .

( وقد خرج التقنين البنائي في بعض هذه النصوص على قاعدة وحدة الصلقة ) .

(١) وكان التقنين المدني المختلط ( م ٣٩٩ ) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : « إذا حدث المبيع بسبب حادث قهري جديد . . أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبنية آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغير الذي حصل . » فهذا النص يمنع المشتري من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهري ، وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا . ولما كان هذا النص في التقنين المختلط ليس له نص مقابل في التقنين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان شاخصاً لتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد التقنين المدني العراقي ( م ٥٦٢ ) في هذه المسألة الحكم الآتي وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامي : « إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرده بالبائع القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يطلب بتقصان الثمن ، ما لم يرضى البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع الرد . » - فإذا زال العيب الحادث ، عاد للمشتري حق رد المبيع بالبائع القديم على البائع \* .

ولأورد تقنين الموجبات والعقود البنائي في هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : لا يبرأ

وإذا تصرف المشتري في المبيع المغيب ، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على المغيب ، اعتبر هذا نزولاً ضمنياً منه عن ضمان المغيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعويض عن المغيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إلا إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا المغيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد أورد التفتين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، ففقت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من هذا التفتين بأن : تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على المغيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان (٢) . أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل اطلاعه على المغيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالمغيب ، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضمان للتعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبق

---

== نفع المبيع ، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا غيب المبيع خطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مسئولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته . ويمرر هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالمبيع فتطبق أحكام المادة ٤٦٢ م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان منه وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثاً - إذا استعمل المبيع لنفسه الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يمرر حكم هذه القاعدة على البيوت والمسقات الأخرى المماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المدة بفسخ المبيع . وهذه التصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتسق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٥٨ : من نفس التفتين ويقضى بأن « تقتصر الثمن الذي ناله المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ المبيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر » .

(١) قانون الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ ،

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولم ير المشروع موجباً لإيراد ما قسمت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التفتين لما ( السابق ) وهي تقتضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على المغيب الملقى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة « مجموعة الأعمال التوضيحية » ص ١٢٤ ) . وهذا هو أيضاً حكم التفتين المدني المراتي ، فقد نصت المادة ٥٦٦ من هذا التفتين على أنه « إذا طالع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف المالك . سقط خياره » . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تفتين الموجبات والمقود البتاني وقد سبق ذكرها في الحاشي من نفس الفقرة .



أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائنه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (١). وهذا ما لم يرد المشتري اثنائي المبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول هو أيضاً أن يرد المبيع على بائنه بنفس العيب (٢). وكتصرف المشتري في المبيع المعيب ترتبه عليه حقاً للغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق وهن (٣).

وإذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (٤). وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الملاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول (٥).

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بضمان العيب ، لأن صيبه

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - ٤٥٢ - وقد ورد في المادة ٣٨٨/٣١٤ من التفتين المدعى السابق : ... يكون المشتري مخيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بحق الدائنين برهن ، وبين طلب نقصان الثمن ، ويوم هذا النص أن الفسخ جائز إذا ثبت للغير حل المبيع حق غير الرهن . والظاهر أن الفسخ لا يجوز من باب أول إذا أثبت للغير بدلاً من حق الرهن حق الملكية ذاته . إنما خص الرهن بالذكر لأن التفتين المدعى السابق كان يفتى عناية خاصة بحماية الدائنين المرتبطين .

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٧ - وقارن بودرى وسينيا فقرة ٤٣٥ - وذلك ما لم يقض المشتري هذا الحق الذي رتبته للغير ، كان دفع الدين للدائنين المرتبطين وشطب الرهن .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ ص ١٤١ .

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٥٥ من تفتين الموجبات والنفود البتاني ، وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٣٧٥ في الهامش . وقد أورد التفتين المدعى السابق (م ٥٦٣) في هذه المسألة الحكم الآتي : ١٥ - زيادة شيء من مال المشتري حل للمبيع تمنع الرد ، كسبغ الثوب بالمبيح أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع . ٢ - فإذا حدث في المبيع زيادة مائة من الرد ، ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه ، فإنه يرجع على البائع بتضمنان التفتين . وينتج الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث .

الضمان قد زال لا إلى وجعة فيزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين الموجبات والعقود البناني على هذا الحكم صراحة ، فقصت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن « تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع » .

**٣٧٧ - تقادم دعوى ضمان العيب القوي - نص صريح قانونية :**  
نص المادة ٤٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة تمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب عساً منه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٦٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ وص ٢٢٥ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٢/٢٢٤ ونجري على الوجه الآتي : « يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها » . ويتألف هذا النص نص التقنين الجديد في أمور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم في التقنين الجديد سنة ، وهي ثمانية أيام في التقنين السابق . ثانياً - وهي مدة تقادم في التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التقنين السابق ( الاستاذان أحمد نجيب الملوك وحامد زكي فقرة ٤١٦ ) - ثالثاً - وتسرى المدة في التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التقنين السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب ( نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٣٠٧ ) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا العهد : وحل المشروع أحكام المادة ٤٠٢/٢٢٤ من التقنين المدني الحالي ( السابق ) ، وهي تقضي بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها . فقام أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم :

## وزرى من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة ،

== إلا بإنشاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأطال المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها تسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستقرار التعامل ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ ) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يبدأ إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يبدأ إلى إخطار البائع بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة سقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكنها قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ على في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث لزمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهي مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يسرى التقنين السابق في عقود البيع التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ويسرى التقنين الجديد في عقود البيع التي أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٠ ( مطابقة لقاعدة ٤٥٢ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤١ ( مطابقة لقاعدة ٤٥٢ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٠ : ١ - لا تسع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن يسلك هذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان ينشئ منه . ( وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيها عدا أن المدة في التقنين العراقي سنة أشهر وهي في التقنين المصري سنة - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ - فقرة ٥٤٢ ) .  
تقنين الموجبات والمفرد اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة من وجود عيوب موجبة

لرد المبيع أو من خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها : (١) تقام من أجل الأموال الثابتة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحيوانات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إل البائع البلاغ المنصوص عليه في المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمددهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . (وهناك عرفان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : (١) للمدة في التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً للمقار وثلاثون يوماً للمنقول ، وهي في التقنين المصري سنة لكل من المقار والمنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة في التقنين اللبناني ، في التقنين المصري ) .

وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهذلاً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن .  
والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسليم المشتري للمبيع ، ففي هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليقتن ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان (١) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفي ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يستقر التعامل كما قلنا ، ففي سلم البائع للمبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع نعمة ضمان العيب الخفي وإطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملق بالآ إلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب في المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة في قطع مدد التقادم (٢) ، ولكنها لا توقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدني) . وتوقف المدة إذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدني) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (٣) . وإذا كان

---

(١) وذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفي التسليم الحكي ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدني في حالتها هذه لم تصرح بذلك كما صرحنا . المادة ٤٢٤ مدني في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع ( انظر الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٢٢٧ حاش ١ - وانظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جيل الترقاوي ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبد النعم البدراوي بقرة ٢٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور بقرة ٩٤ ) .  
(٢) ولا يكفي إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطه على تتوالى له الشروط التي يتطلبها القانون .

(٣) انظر مع ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى (جمهورية الأعمال التشريعية ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٥ والأستاذ محمد على إمام ص ٢٩١ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٦ وص ٢٨٧ والأستاذ جيل الترقاوي ص ٢٨٨ والأستاذ عبد النعم البدراوي بقرة ٣٥١ ص ٥٢١ وبقرة ٣٥٧ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، ولطهرون مع المذكرة الإيضاحية إلى جواز الاتفاق على إنقاص مدة التقادم .

يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، وذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني : « ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » . وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من سنة في حالتين : (١) إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعدد إخفاء العيب عنه خساً (١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع خساً حتى بعد انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع كما قدمنا (٢) .

### ٥ ٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

**٣٧٨ - النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٥٣ من القانون المدني على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصاه منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعدد إخفاء العيب في المبيع خساً منه » .

(١) ولا يمكن مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالبعب ولكن لم يصعد إخفائه خساً كانت مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ثم أجاز ( المشروع ) أن تطول السنة في حالتين : ( أولاً ) إذا قيل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسواء ذكر ذلك . ( ثانياً ) إذا تعدد البائع إخفاء العيب من نفس سنة ، فلا تخط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة » بحسب جملة الأعمال التمهيدية » ص ( ١٢٤ ) .

### ونص المادة ٤٤٥ على ما يأتي :

« إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعسل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره » (١) .

وقابل النص الأول في التفتين المدني السابق المادة ٣٩٦/٣٢١ (٢) ، ولما قابل النص الثاني ولكنه تطبيق للقواعد العامة إلا فيما يتعلق بالمواعيد المذكورة فيه .

#### (١) تاريخ النصوص

م ٤٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى لم يكن يشمل على عبارة « فشا منه » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة الشيوخ عبارة « فشا منه » في آخر النص ، وقد أصبح رقم ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨ ) .

م ٤٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يجعل المدة التي ترفع فيها الدعوى ستة لا ستة شهور ، ولم يشمل على عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غيره » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التي ترفع فيها الدعوى من ستة إلى ستة شهور ، وأصبح رقم ٤٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غيره » في آخر النص ، لأن الأحكام الواردة في النص من قبيل القواعد المتصلة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٣٠ - ١٣١ ) .

(٢) التفتين المدني السابق م ٣٩٦/٣٢١ : وكذلك لا يكون وجه لصان البائع إذا كان قد اشترط عدم ضمانه للميوب الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء في الفكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « ويقتصر التفتين الحالي ( السابق ) في نصه على صورة إسقاط الضمان ، فيقرر جواز ذلك ما لم يكن قد ثبت علم البائع بالمعيب ( م ٣٩٦/٣٢١ ) . أما المشروع فيشترط لبطلان شرط الإسقاط أن يكون البائع قد تمتد إعطاء المبيع كما تقدم » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٢٧ ) . انظر في قانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وسامد زكى فقرة ٤١٣ - وانظر في سريان نصوص التفتين الجديد من حيث الزمان ما يلى فقرة ٣٧٩ في المامش .

ويقابل النصاب في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٧١ و ٤٧٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي  
التقنين المدني العراقي للمادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
اللبناني المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ (١) .

ويتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام  
ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة  
خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فتبحث كلا من المسألتين .

### ٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٧١ و ٤٧٣ ( مطابقتان  
للمادتين ٥٥٣ و ٥٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى قزوزنا  
فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٢ و ٤٤٤ ( مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٦٧ - ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترأ المشتري بالعيب  
الذي سماه له ، فلا خيار له في رده بالعيب للمسي ، وله رده ببيع آخر . ٢ - وإذا اشترط  
البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، أصبح البيع والشرط وإن لم يسم العيب .  
ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل  
القبض ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .  
م ٥٦٨ - ١ - يجوز أيضاً للمتبايعين باتفاق خاص أن يحددا مقدراً للضمان . ٢ - عل أن

كل شرط يقسط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تصد بإلغاء العيب .  
( وأحكام التقنين العراقي في مجموعها كأحكام التقنين المصري ، وانظر ما سنذكر فيما يلي  
فقرة ٣٧٩ في الماشي . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس  
إلا تطبيقاً لقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن القذوني فقرة ٢٦٤ ) .  
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مستثلاً عن العيوب الظاهرة ولا عن  
العيوب التي سبق للمشتري أن يعرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مستثلاً من  
من العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن غلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا  
صرح بها . ثانياً - إذا كان قد اشترط أنه لا يعمل ضماناً لها .

العام (١) ، فيجوز المتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

فالإتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بمنأى الرجل العادى ، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من ستة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سنرى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ، إذا ظهر عيب في المبيع يجزئ رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أهل القيمتين قيمة المبيع سلفاً أو الثمن . فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع لعيب الخفى جائزة ، ويجب العمل بها .

والإتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدهوى التعويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له حياً معيئاً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص التقنى المتخصص (٢) . وقد قلنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التضادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد . ومثل إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، إذا رد المبيع للميب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب في بعض أجزائه

---

= ( وأحكام القنين الجنائى في مجرمها لا تختص من أحكام القنين للمصرى ، ولم يذكر القنين الجنائى ضمان البائع صلاحية المبيع العمل ، ولكن هذا الضمان تعلق بقرينة العامة ) .

(١) استنات مخط ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ .

(٢) وكأثر البائع عدم ضمان لون المبيع وسبب (أنيسكلويديس) مقرر له لث ٢٨٥٠  
ص ٤١ - الأستاذ أنور سلطان مقرر ٢٨٥٠ ) .



السيارة انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (١). فكل هذه شروط جاتزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعتمد إخفاؤه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يعفى نفسه باتفاق خاص من المسؤولية عن غشه (٢) . ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يعتمد إخفاؤه . فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يعتمد إخفاؤه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشرطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم يفشه بتعمد إخفاء العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قلنا أن البائع لا يضمّنه . فكما أن إخفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشرط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع (٣)، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يعتمد

---

(١) بلانويل وريبر وعامل ١٠ لقطة ١٣٩ ص ١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيد في هذا الصدد : « ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرخص الدعوى ، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة ( ؟ ) أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد انقضاء المدة ، أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اتفرت بقصد البائع لإخفاء العيب » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧ ) .

(٣) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من القانون المدني العراقي على ما يأتي : « وإذا اشترط البائع برأته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت انعقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث » ( أنظر أيضاً لقطة ٣٧٨ في المباحث ) ، وظاهر من هذا النص أن شرط برأة البائع من كل عيب شرط =

إخفاءها عن المشتري (١) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخبار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير عن المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع علماً بميب في المبيع وتعبد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسئولية عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

### ٣٨٠ - ضمانه البائع صراحة المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة

الصنع السريعة النحال ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والتلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، بشرط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط غلو المبيع من العيوب

== مطلق يتم العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيب الحادث بعده وقبل القبض ، أما شرط براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد ساءر القنطين العراقي في هذا الحكم القنفة الحنفى على خلاف في هذا القنفة . والقيرة في القانون المصري بتفسير نية المتضمنين ، فإن أرادوا الإطلاق يرى البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث بعده البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أراد تخصيص يرى البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعده ذلك ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(١) وكان القنطين المدني السابق (م ٣٩٦/٢٢١) يفتى بنقض ذلك ، فكان لا يصح شرط إسقاط الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر أيضاً فقرة ٢٧٨ في المحاضر) وهيئة جازع تعلم البيع ، لأن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم للمشتري بالعيب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام القنطين الجديد .

وفي القنطين المدني الفرنسي (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في القنطين المدني للمصري السابق . وانقسم القنفة الفرنسي في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب إذا كان للمشتري قد اشترى ساقط الخبار (à des risques et périls) ، فترى بالعيب إلى إسقاط الضمان (تجريبى دود ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وعامس ٢٠ - بلايول ودوديه وعطلى ١٠ فقرة ١٢٩ ص ١٦٥) ، ورأى بالعيب إلى عدم إسقاطه (لوربان ٢٤ فقرة ٣٠٥ - جوبار ١ فقرة ٣٥٤ - بوردو وسهنا فقرة ٤٢١) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلاً الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (١) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى عادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجىء احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويطلب أن المبيع إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها إلى المدى المألوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، وينيب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص من زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتى :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٢) . وغنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٣) ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى (٤) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لاسعة شهور وأن يكون الإخلال في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٥) .

---

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٦ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضته البائع بالرغم من ظهوره وعدم خفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المتبادر (بودى وسينيا فقرة ٤٧٤ ص ٤٣٤) .

(٢) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تشتت الساعة من يده فتتكسر (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢١١) .

(٣) بلانول ودهبر ويولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٤) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢١١ .

(٥) أنسيلكويدى دالروز ه لفظ Vice Rég. فقرة ٧٥ - ويكون هذا بحسب إرادة المصنفين ، فإن كانا يريدان جعل هذا الضمان يحل محل ضمان العيوب الخفية لم يكن الضمان الأخير محل إلجائه ، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية دون أن يحل محله وجب قبل هذه الإرادة . أنظر في هذه المسألة وفي أنه يطلب أن يبره للمصنفين =

ثانياً - أن يقترن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع ساعة أو سيارة ، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثالثاً - أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره ، وإلا سقط الضمان . وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددنا على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (١) .

رابعاً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هي ستة شهور من وقت الإخطار . وفي الضمان العادي المدة ستة من وقت تسليم المبيع كما قلنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إبطالها ويجوز قصرها باتفاق خاص . أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، تجوز إبطالها ولا يجوز قصرها كما سبق القول .

خامساً - يكون التصويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (٢) .

---

١- احتل هذا الفئسان محل الفئسان القديمين وروبير وحامل ١٠ ققرة ١٤٠ ص ١٦٦ . ويطلب لو روبري ودو إلى أن المفروض في هذا الفئسان أنه يمنع الفئسان الخاص العادي ما لم يكن البائع يعلم بالعيب فبجست الفئسان العادي إلى جانب الفئسان الخاص ( لو روبري ودو ٥ ققرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٨ ) .

(١) للمذكرة الإيضاحية الشروح التمهيدية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢١ - ويجوز رفع دعوى الفئسان مباشرة ويعتبر إعلان صحتها إخطاراً كافياً ، ولكن للمفروض يرضى عنه لفصل مسروقات الفئسان إذا سلم البائع بجمته .

(٢) روبري وسينيا ققرة ٤٢٤ - بلانيرول وروبير وحامل ١٠ ققرة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٨٨ - الأستاذ جميل القرقاري ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد النسيم الجولوي ققرة ٢٥٩ - الأستاذ منصور عطفي منصور ققرة ٩٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص النص الذي نحن بصدده ما يأتي : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسي الإيطالي ( م ٣٧٤ ) ، ولا نظير له في التقنين الحالي ( السابق ) . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة كالألات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يحظر المشتري البائع في مدة شهر من ظهور الخلل ولا سقط حقه في الضمان ، وأن يرفع الدعوى في مدة سنة ( ستة أشهر ) من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفة إخطار أكافياً ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم . وغني عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة ( والسنة الأشهر ) ( ١ ) . »

#### ٤٥ - تمييز ضمان العيوب الخفية مما يقاربه من النظم القانونية

##### ٣٨١ - بعض النظم القانونية التي تغلب ضمان العيوب الخفية :

الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحللنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه من بعض النظم القانونية الأخرى التي تقاربه وقد تلتبس به في بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم النظم النمط والتدليس والتسخيل والتضليل والعجز في القطار وضمان الاستحقاق الجزئي .

---

== وطناً حتى لو لم يذكر كيف يكون التصرف ، ولذا كان إصلاح المبيع متعللاً برفع المشتري على البائع وفقاً لمراد القنونة في ضمان العيب الخفي ، فيرد المبيع أو يستبدله مع التعويض إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم أكثر بالتعويض ( الأستاذ أنور سلطان الفقرة ٢٨٨ ) . ويجوز الاتفاق على تعديل متى التصرف ، بأن يشترط للمشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط للبائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً ( الأستاذ منصور ص ٢١٢ ) .

( ١ ) مجلة الأعمال القضائية ٤ ص ١٢٠ - ص ١٢١ .

### ٣٨٢- التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط : قد يقع الغلط في

صفة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحيه المبيع للغرض الذى أعد له بحيث أن انقضاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط، ويكون في الوقت ذاته منشأً لضمان العيوب الخفية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ، وأمكن القول في الوقت ذاته إن البيع به عيب خفي . فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار إحداها ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً في غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه في مزاد قسافي أو إداري ، ويجب أن يرفع الدعوى في خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هي مدة التقادم في دعوى الغلط . ويطلب في هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ورد للمبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الفرس هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظهر أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فواء

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدني بأنه : إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى علمه به ، إلا إذا أثبت أنه ليس بالبائع . فإذا ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن في طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه في الثمن بسبب العيب الخفي . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٥١ مدني ( ٢/٤١٩ جديد ) غايمة بموتة حصول الغلط في البيع لا بموتة ظهور العيوب الخفية ، وعلى ذلك فإن طلب التسخيب للعيب الخفي لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر منه قبل المبيع بأنه قد عابه وضممه بموتة أحد رجال الثمن ( نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بموتة حر ) وفي ٢٩ ص ١٥٦ ) .

جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففى جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيباً خفياً يوجب ضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (١) ، وإن كان الأمران قد اجتماعاً معاً فى المثل الذى نحن بصدده . وإذا كان المشتري قد اشترى القرس فى مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمتنع عليه فى هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه القرس بعد أن يخطر البائع بالعيب فى الوقت الملائم ، وقد رأينا فى دعوى الغلط أن المشتري لا يخطر البائع بشيء . وله أن يرفع الدعوى فى ثلاث سنوات أو فى خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري فى دعوى ضمان العيب إما رد القرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء القرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا فى دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ، ويرد القرس للبائع وليس له أن يستبقه مع أخذ تعويض (٢) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويتين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك عمل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك عمل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلتبس الغلط بالعيب الخفى فيصبح من الضرورى التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قلنا ، وهو يقع فى صفة جوهرية فى البيع جعلها المشتري على اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية حتماً بالفرض الذى أعد له المبيع . أما العيب الخفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع فى الفرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الفرض ، سواء كان هذا عمل اعتبار ذاتى عند المشتري أو لم يكن (٣) .

(١) بلانجل وديير وحلل ١٠قرة ١١٦ ص ١٢٩

(٢) استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٢٧ - بودرى وسبينا فقرة ٤١٤ .

(٣) إن وقع فى غلط فى المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الذى كان قصد شراءه ، أما من اشترى شيئاً بحيثاً فقد اشترى الذى كان قصد شراءه وإن كان به عيب . فلذا اشترى شخص =

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فإذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من « ماركة » معينة فتبين أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا غلطاً في صفة جوهرية في المبيع . وليس من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذي اشتراه - أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً كل الصلاحية للفرض المقصود ، بل قد يكون أكثر صلاحية من الطراز الذي أراده المشتري ، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فيراعى أحكام هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التي سبق ذكرها .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن يكون العيب واقعاً في صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى غير متصل بصفة جوهرية في المبيع كانت هي محل اعتبار المشتري . ففي المثل المتقدم إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجدها من هذا

---

= يدور على أنها «تقوى» فطن السكلايريس، حين أنها ليست «تقوى» أصلاً أو أنها «تقوى» لفظ غير السكلايريس ، فانه يكون قد وقع في غلط جوهرى . أما إذا كانت اليدوى هي تقوى لفظ السكلايريس ولسكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا بغلط وإنما هو عيب على (استئناف غلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع في صفة غير جوهرية في الشيء مادام يؤثر في صلاحية الفرض الذي أمد له . ومن ثم فترت ذاته أضيق من الغلط ، لأن أية صفة يتجرها المتكثفان جوهرية في الشيء يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من ذاته هذا الغلط أن يؤثر في صلاحية المبيع للفرض الذي أمد له فلا يكون الغلط حياً (ميدان ١١ فترة ٢٦١)

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به مثله ، لم يجوز للمشتري أن يرجع دعوى الغلط لأن البائع غير مشترك معه فيه وغير عالم بوقوعه ، فلا يبقى أمامه إلا أن يرجع دعوى ضمان العيوب الخفية إذا كان العيب الخفى بصفة جوهرية في المبيع حدث بعد البيع وقبل التسليم ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن المشتري قد وقع في غلط منه المبيع .



الطراز ، ولكن وجد بها عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها للفرض المقصود ، فإن له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفي وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد البيع إلى المشتري بل يستبقه مع أخذ تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب (١) . فإذا كان العيب جسيماً بحيث لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذي يجزى رد المبيع ، فإن هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية في المبيع ، وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٢) ، ويكون للمشتري أن يختار إحداهما على النحو الذي يسطناه .

### ٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم

ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلس على المشتري بأن تعتمد مثلاً أن يخفى عن العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذي انشاق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالفرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هي محل اعتبار المشتري (٣) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفي تعتمد

(١) وإذا اشترى شخص حلياً عل أنها من ذهب ، فإذ وجدها من فضة مدعية رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زيتية عل أنها من صنع رسام معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وإن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب ( بودري وسيتيا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كوران وكايتان ٢ فقرة ٨٢٠ - الأستاذ محمد عل إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٢٢٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٢٥ - فقرة ٤٢١ ) .

(٢) أنظر الأستاذ محمد عل إمام ص ٣٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبد اللطيف البدراري فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا أن العيب إذا كان ما يمكن تتيبه بالتقصص المتباد ولم يتيبه المشتري لعدم خبرته ، لم يكن هناك عمل لغيبان العيب . ولكن يكون للمشتري أن يتسكك بالتدليس إذا قصد البائع إخفاء العيب عن المشتري خشاً منه بالفرغ من أن المشتري كان لا يتيبه حتى لو لم يتيبه من البائع . فيما يقوم للعيب من أن يقوم ضمان العيب ( أنظر أيضاً فقرة ٢٦٧ في المحاضر ) .

البائع إخفاؤه عن المشتري غشاً معه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى ضمان العيب أو رفع دعوى التدليس (١) .

والفروق بين الدهوين كبيرة كالفرق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط . ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لاصيئ النية فحسب ، بل أيضاً مدلساً أى أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية ليوقع المشتري في الغلط ، أما في ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (٢) . وفي التدليس يصح أن يكون البيع بالمراد القضائي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب . وفي التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ، أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت تسليم المبيع . وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن فيسرد المشتري الثمن مع التعويض ويرد المبيع ، أما في العيب اتفق قبيح البيع وقد يرد المشتري المبيع وقد لا يردّه ويقتضى من البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس .

#### ٣٨٤ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ :

وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختطان أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يفك ضمان العيب إذا اشترط المشتري مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ليس في هذه الحالة وإن كان في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لا لزمه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح لفرض المقصود (٣) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا

(١) ميدان ١١ فترة ٢٦٥ - بلانول وريبير وحامل ١٠ فترة ١٢٦ ص ١٢٨ .

(٢) كولان وكايتان ٢ فترة ٩٤٠ .

(٣) ومن ثل ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة ، فإذا به مصنوع من مادة أخرى وإن كان صالحاً لفرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لا لزمه دون دعوى ضمان العيوب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذي ترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآلة الخاطئة التي تخلو منها الفترة الصالحة للمبيع ، فإذا كان =

وجد المشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للفرض المقصود . فعند ذلك يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للفرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري إما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العين في حالة صالحة للفرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمان العيب لوجود عيب في المبيع يجعله غير صالح للفرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب . ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان التبع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب . ومدة التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتض . أما في ضمان العيب فالعيب قائم ، وعلى أساسه

---

== ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المطلق عليها ، تلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمانه . فالحكم الذي يؤسس قضاءً بالفسخ على القول بوجود عيب خفي في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها المادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه . فيكون مخالفاً للقانون صيحاً نقضه ( نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة مرقوم ٢٩٦ ص ٥٨٧ ) - أنظر أيضاً استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤٨ ص ٣٨٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٤٧ ص ٦٩ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٣١٢ .

(١) وكذلك لو وجد المشتري المبيع مطابقاً للينة ، ولكن الينة ذاتها كان بها عيب خفي ، فعند ذلك يكون المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ ( بلانيرول وريبير وحامل ١٠ ص ١٢٨ هامش ١ ) .

(٢) لو كفل البائع للمشتري وجود صفات معينة في المبيع ثم تبين أن المبيع مخالف لها لو من بعضها ، جاز هنا أن يرجع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية كاسبق القول ، وجاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ . وكفل من الدعويين أحكامها الخاصة بها كما سنرى (قانون الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ٢١٨ - ص ٢١٩ ، وينبغي بعد تردد إلح عكس ما ذهب إليه ) .

(٣) بلانيرول وريبير وحامل ١٠ بقرة ١٢٦ ص ١٢٧ .

إما أن يرد المشتري المبيع ، وبأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض (١) .

### ٣٨٥ - التمييز بين ضمان العيوب الحقيقية والعيوب في مقدار المبيع :

وقد يكون هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفي . إذ العجز في مقدار المبيع هو نقص في كميته ، أما العيب الخفي في المبيع فنقص في صفته ، والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تفترض حسن نية المشتري والثانية تفترض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمراد القضاة أو الإداري والثانية لا تجوز . وتتفق الدعويان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقائه إذا كان العجز أو العيب جسيماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فبزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول (٢) .

### ٣٨٦ - التمييز بين ضمان العيوب الحقيقية وضمان الاستحقاق الجزئي :

يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جعل الجزاء واحداً في الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالبيع لاحقاً للغير عليه ، فالبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا حياً خفياً ، والصحيح أنه

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٣٤٦ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٣٤٤ .

استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق للغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع .  
ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشتري  
فى ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان  
العيب ، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالزاد القضائى أو الإدارى  
و ضمان العيب غير جائز ، وفى أن مدة التقادم فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة  
سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم .  
ويتفق الاثنان فى الجزاء كما قلنا ، فيجوز للمشتري فى ضمان الاستحقاق  
وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما ،  
ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسيم ، وإذا رد المبيع فإن  
ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالين كما سبق القول (١) .

## الفرع الثانى

### التزامات المشتري

٣٨٧ - **التزامات ثلثة** : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته  
ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل  
مصرفات البيع (٣) تعلم المبيع (٢) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٥ .

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون البيع باطلا  
(أنسيكلويدى دالوز ه لفظ Vice Réd. فقرة ٥ - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار فى القانون  
أما العيب فيرجع إلى اعتبار فى طبيعة الشيء . وقد يعتبر القانون صيوفاً فى طبيعة الشيء - كما فى  
الأغذية - فيحرمه ، فيجتمع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتطلب فيكون البيع باطلا  
( أنسيكلويدى دالوز ه لفظ Vice Réd. فقرة ٢٥ ) . وقد يصل العيب من الجسامة إلى جعل  
المبيع فى حكم المعلوم ، كبيع فاسد أو فاكهة مطبوخة أو حق مؤلف سقط ودخل فى الملك العام ،  
فمنذ ذلك يكون البيع محله معلوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يثار فى هذه الحالة  
العيب الخفى ( الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤٨ ) .

(٢) يذكر تفتين الموجبات والمفرد البتاني (م ١٦٥) من هذه الالتزامات الثلاثة التزامين :

دفع الثمن وتعلم المبيع .

(م ٤٩ - الوسيط ج ٤)

## المبحث الأول

### الوفاء بالثمن

٣٨٨ - التزام الوفاء بالثمن ومجزاء المفعول بهذا الالتزام :  
المشتري ملتزم بأن يقي للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة  
تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به .  
فتبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام .

### المطلب الأول

#### التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ - المسائل التي تبحث في هذا الالتزام : تبحث في خصوص  
هذا الالتزام أمرين : أولاً - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً -  
الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

#### ١٥ - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ - الثمن والفوائد : يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن  
المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن في بعض الأحوال .

٣٩١ - رفع الثمن - اعادة : دفع الثمن هو الالتزام الأساسي الواجب  
على المشتري (١) ليقابل الالتزام الأساسي الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ،

---

(٢) وليس من الضروري أن يكون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير في نفس  
حقة البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشتري (جوسران ٢ فقرة ١٠٢٧ - وانظر أيضاً =

إذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان (١) . وقد قدمنا عند الكلام في الثمن (٢) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جديداً أي لا يكون صورياً ولا تافهاً . فإذا توافرت هذه الشروط في الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد وفي الزمان والمكان اللذين سنبينهما فيما يلي . ومصرفات الوفاء بالثمن ، كنفقات لإرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أي طريق آخر ، تكون في الأصل على المدين به أي على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ منى وهي تنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة في الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد سبب يذهب إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة في العرض والإيداع .

وقد كان المشروع التمهيدى للتفتين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تنص بأن يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات

---

== فقرة ٢٠٣ في الماش . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هي العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه وضمان التضرر والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بتسلم المبيع . ولكن الغير هو الذي يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصرفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع إذا كان متبرعاً له بالثمن ، أو بمقابل إذا كان ين له ديناً أو يسلمه قرضاً أو نحو ذلك ( بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤٩٣ - أنسيكلويدى دالوز ه لفظ *vente* فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩ ) .

(١) وقد نقل الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما في حالة استئجار البائع للمشتري ، وقد زيد كما في حالة الشراء لمعار القاصر بغير فاحش ( الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٧٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢١ ) .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٢٠٣ وما بعدها

الوفاء» (١). وجاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد :  
« هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه  
وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ،  
تقضى بفتح على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء  
وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك  
من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد » (٢). وقد حذف هذا النص  
في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (٣) .

**٣٩٢ - دفع الفوائد - النصوص القانونية :** وتنص المادة ٤٥٨  
من القانون المدنى على ما يأتى :

« ١ - لاحق البائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعلن المشتري أو إذا  
سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ،  
هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

« ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف  
المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٤) » .

---

(١) وكان هذا النص يقابل في القانونين المدنى السابق : م ٤٠٦/٢٢٨ - يجب على المشتري  
وفاء الثمن في الميعاد والمكان المبينين في عقد البيع والشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ -  
ومصاريف المثل ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى  
بخلاف ذلك في جميع الأحوال .

(٢) والحكم واحد في القانونين السابق والجديد - انظر أيضاً م ٧١٠ عراق وم ٤٦٦ لبنانى .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ في الهامش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ٦٠٣ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على

الدرجة الآتى : م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية عن الثمن إلا إذا أعلن المشتري ،  
أو إذا أسلمه الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا  
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت أن  
يصبح الثمن مستحقاً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو  
عرف يقضى بغيره . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة من فقرتين للارتباط =



وبقابل هذا النص في التقنين المدني المادة ٤١٠/٣٣٠ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادة ٤٢٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٧ — وفي التقنين المدني العراقي  
المادة ٥٧٢ — وفي تقنين الموجبات والإقود اللبناني المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ (٢) .

== الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونماله رجعل  
الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاد يجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ،  
فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين للمدني  
الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ  
تحت رقم ٤٥٨ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ — ص ١٢٩ وص ١٤١ —  
ص ١٤٢ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٠/٣٣٠ : إذا لم يحصل الاتفاق في عقد البيع عل احتساب  
فوائده الثمن ، لا يكون البائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع  
الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .  
( وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية  
من المادة ٤٥٨ الخاصة بملك المشتري ثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد  
أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات :  
للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١ ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٥٨  
مصرى — وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ — فقرة ٢٣٨) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٤٧ ( مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٢ : ١ — لا حق للبائع في الفوائد القانونية من الثمن المستحق  
الأداء ، إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات  
أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ — والزيادة الحاصلة في المبيع  
بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والانتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ،  
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

( ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي لا يوجب الفوائد القانونية  
عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فالفوائد لا تكون إلا باتفاق  
على ذلك ولو سلم المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات — أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ  
حسن الذنون فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٨٥ — الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٥٥٧ —  
فقرة ٥٦٤ ) .

تقنين الموجبات والإقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد فائداً —

ومخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يملك المشتري ثمر المبيع ونماؤه متحملاً نفقاته من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فتعرض إذن لاثنتين المسألتين : (١) تملك المشتري لثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن .

**٣٩٣ - تملك المشتري ثمر المبيع ونماؤه ونحوه لنفقاته :** قدمنا أن من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشتري باعتباره مالكا له (١) . وبينما أن استحقاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماؤه هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

ويترب على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونماؤه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولاً . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشتري

---

== ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المعينة .

٤١٧ م : إن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف .

( وتتفق أحكام التفتين البنائي مع أحكام التفتين المصري فيما يتعلق بثمرات المبيع ونماؤه وتكاليفه . أما الفوائد فلم يرد نص في شأنها في التفتين البنائي ويبدو أن القواعد العامة هي الواجبة التطبيق في هذه المسألة ) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٣) انظر ماقتضاه في هذه المسألة آنفاً فقرة ٢٨٣ .

يتملك الثروات ونماء ، في المتقول والمقار على سواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٢/٤٥٨ ملغى) (١) . ويستوى في بيع المقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبايع كما قلنا . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (٢) . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فإذا تراخى التسليم عن الإفراز ، كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٣) .

وثمرات المبيع تشمل الثروات الطبيعية كالمحصولات ولبن الحيوان ، والقرات

---

(١) وقد فُتحت بحكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وإذا كان الثابت في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه أولاً إلى البنك المرتهن لأطيان البائع الثامنة فيها الأطيان المبيعة خصاً من دين الراهن ، فإن رجع الأطيان المبيعة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم بتفصيل التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن ( نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١) . وقضت بحكمة استئناف أسيرط بأن المشتري الراهن عليه المزايا ما للمشتري العادي من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه ثمرات العين من يوم مرسى المزايا عليه . فلذا لم يتم بدفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزايا ، فله الثمنين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزايا في حالة ما إذا كانت العين مشحونة أو من يوم تكتليفه بالوفاء تكتيفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك ( استئناف أسيرط ٢٩ ماي سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٥ ص ٢٧١ ) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمشتري ثمرات المبيع من أي وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليم ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون إيجار الأطيان المبيعة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائي ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائي ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٢٦ ) .

المدنية كالزير والأجرة (١) . ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهى التى لا تتجدد ، كما هو الأمر فى المناجم والمحاجر ونحوها (٢) .

ونماء المبيع ، ككبر الحيوان وسمته ونتاجه (٣) ، يكون للمشتري من وقت تمام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع ونمائه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانه ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (٤) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والفرم بالغرم (٥) .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم (٦) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود عقد إجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يحرم حق المشتري فى الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كان المستأجر قد احتفظ بالأجرة فعليه أن يؤديها إلى المشتري من هذا الوقت ، أما إذا كان قد أداها إلى البائع ، فمل البائع أن يردّها إلى المشتري (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا جاء فى عقد بيع حصّة من منزل ٥ أن المشتري ينضع بإيجارات حصته التى اشتراها ، وأن الإيجار الحالى لهذه الحصّة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر المشتري قبض حصته بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذى يخصه من ثمن المبيع ٥ ، واستدلّت المحكمة بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصّة المبيعة مقدرة فى السنة الأولى بما كانت هذه الحصّة مؤجرة به أى بمبلغ كذا ، ومقدرة فيما يمد فى السنوات التالية بما تزجر به فى واقع الأمر وإن نقص عما كانت مؤجرة به فى السنة الأولى ، ثم دعت حكماً على مقتضى هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات مقعولة ، كان الحكم بعيداً من رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٦) .

(٢) انظر م ٤١٧ من قننين الموجبات والقود البنائى آتفا فقرة ٣٩٢ فى الماشى .

(٣) وقد يدخل نجاج الحيوان أيضاً فى المنتجات .

(٤) انظر م ٣٩٦ من قننين الموجبات والقود البنائى (انظر آتفا فقرة ٣٩٢ فى الماشى) .

(٥) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٦) المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٠ -

### ٣٩٤ - متى تسحق الفوائد القانونية على الثمن - وإذا كان المشتري

لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الدفع فوراً أو كان مقسماً  
أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ، فإنه لا يكون مستولاً عن فوائد هذا الثمن إلا  
في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد  
الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد  
قانونية ، وللمتعاقدین الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا السعر على ٧ ٪  
وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، ونستوى في ذلك المسائل المدنية  
والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر  
القانوني ، فيكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪  
في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجب  
حكم القانون بل بموجب الاتفاق (١) . والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت  
تسرى الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من  
وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري للببيع  
ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (٢) . ويطلب أن يتفق  
المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسماً ، فيشترط البائع على المشتري

---

== ص ١٤١ - وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً للبائع حتى وقت التسليم ، أو أن  
تكون الضرائب عليه إلى هذا الوقت .

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانوني  
وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بودري وسينيا فقرة ٥٢١ ص ٥٥٧ - بلانبول وريبير وهامل ١٠  
فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانوني ، سرت الفوائد  
بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان للبائع أن يملأ المشتري بالبلغ ومن وقت الإصدار تسرى  
الفوائد بالسعر القانوني لا بالسعر المتفق عليه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هاشم رقم ٢٠  
ثالثاً - بودري وسينيا فقرة ٥٢٩ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩) .

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويمكن ذلك  
بوجه عام إذا سبق البيع وعد بالبيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد من الثمن دون أن يبين  
موعد سريانها ، فلا تسرى هذه الفوائد إلا من وقت أن يتقلب الوعد بالبيع يوماً تاراً (بودري وسينيا  
فقرة ٣٠ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ هاشم ١) .

أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أى من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بسعر يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل في حساب جارى بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

ثانياً - فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات

---

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين من ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعل . فتنتقطع في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، والبائع بعد ذلك ، إذا أخطر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه للمبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حتى في الفوائد القانونية من وقت الإضرار أو من وقت تسليم المبيع ( بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ ، ويشيرون إلى حكم لهيئة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ مبره ١٩٤٨ - ١ - ٢٣ ) .

والأصل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسرى فيها الفوائد ، فإنها لا تنتقطع إلا عند الدفع الفعل للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل الدفع الفعل للثمن المرض والإيداع وفقاً لقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر ، فلا تنتقطع الفوائد بمجرد تحفظ على الثمن بوقته دائن البائع تحت يد المشتري ، ولا بمبس المشتري الثمن في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك ( أوبري وودو فقرة ٣٥١ ص ١٠٣ - برودي وسينيا فقرة ٥٣١ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ هامش رقم ٧ ) .

ويشترط لصحة المرض والإيداع ، حتى ينتقطع سريان الفوائد ، أن يكون المرض خالياً من أى شرط لا يحل لمشتري فرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في المرض إضفاء البائع للعقد البيع النهائي في حين أن المشتري سبق له أن حصل على حكم بصحة إضفاء البائع وهو حكم يقوم مقام تصديق على الإضفاء ويمكنه من تسجيل العقد (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩) .

أخرى (١) وليس ضروريا أن ينتج المبيع فعلا ثمرات أو إيرادات ، بل يكفي أن يكون قابلا لإنتاج ذلك (٢) . فإذا كان المبيع منزلا يصلح للاستغلال أو أرضا تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري ، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسلم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجرا أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة . ومحسن التوسع في تفسير عبارة « ثمرات أو إيرادات أخرى » ، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسلم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص ، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ريعا (٣) . أما إذا كان المبيع أرضا فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، فلو سلمها البائع للمشتري لم تستحق الفوائد من

---

(١) استئناف مصر ٥ يونيو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٣ - بين سوفي الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨١ - استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ (ولا تخضع الفوائد لتفادام المحسى لأنها تمويض) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٥ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٦ (ولا تسقط الفوائد بالتفادام المحسى) .

(٢) أما في التقنين المدف السابق - فيجب وفقاً للمادة ٤١٠/٢٣٩ أن يكون المبيع ينتج فعلا ثمرات أو أرباحاً أخرى . والمبررة بتاريخ تمام البيع ، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سوت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٣) ونص التقنين المدف المصري (١/٤٥٨ م) يختلف من نص التقنين المدف الفرنسي (١٦٥٢ م) ، فقد ورد في نص التقنين المصري : « وكان هذا الشيء قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى » وورد في التقنين الفرنسي : « إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثماراً أو أي ريع آخر » ( *si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus* ) . ومن هنا يتسع النص المصري لما لا يتسع له النص الفرنسي . فتح المستأجر في الإيجار لا ينتج إيرادات في القانون الفرنسي ( بلانيول وريبير وهامل ١٥ ص ١٦٨ هامش ٢ ) ، وهو قابل لذلك إذا كان يمكن الإيجار من الباطن في القانون المصري . ويذهب الفقه في القانون الفرنسي إلى أنه يجب الوقوف عند وقت البيع لمعرفة ما إذا كان المبيع ينتج إيرادات ولو كان مقد الإيجار ينتهي بده البيع ، وكذلك الأرض المزروعة وقت البيع تنتج إيرادات ولو لم يستمر المشتري في زراعتها ( بودري ومينيا فقرة ٥٢٤ ) .

وقت التسليم إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك (١) .

ومنى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إيراد للمشتري ولو تسليماً حكماً (٢) وسواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه (٣) ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى وجود اتفاق على ذلك ، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كأن يشترط المشتري في عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . وتجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالا أو مؤجلاً أو مقسطاً (٤) . والفوائد الواجبة هي الفوائد القانونية وسعرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، وتسمى من وقت

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زينية أو مصاغاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أرباح ( الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٤ ص ٣٩٧ ) . وهذا الحكم على القطر ، فإن الأرض التضاء والكتاب والصورة والمصاغ يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيراد ، وكان الأول من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلاً لإنتاج إيراد أو غير قابل لذلك ( انظر في هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٣٢٣ - بودرى وسينيا فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وقارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥ ) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ - الأستاذ عبد المنعم البدر ص ٥٣٧ .

(٣) ويكن إضرار البائع المشتري أن يتسلم المبيع ( بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥ ) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦ - بلانيول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى يقوم على أساس من العدل الذي يأتي أن يجمع المشتري بين يديه ثمرة البديلين ، المبيع والثمن . ولذلك - حتى أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع المثلر الذي تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يفتج بريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالا ، كان يكون مؤجلاً أصلاً أو لعل طارئة أو يكون محجوراً عليه أو محجوراً تحت يد المشتري . وإذا فالمشتري لا يستطيع أن يتسلم بأنه غير ملزم بفوائد عن باقي ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائي متى كان قد وضع يده على الأطنان المبيعة ( نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ١٦٩ ) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالا لسبب يرجع إلى البائع نفسه كان يكون تأجيل الثمن بسبب إهمال البائع ليستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائي ( نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ١٢٦ ) . وانظر في أنه لا يجوز للمشتري أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مخطئ ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ .



تسليم المبيع وتبقى مارية إلى يوم الدفع . وظاهر أن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية . وببرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فحق سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن (١) .

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والثمار مستحقة للمشتري من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق الفوائد على المشتري - وهي التي تقابل الثمرات والثمار كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هو الذى يقع فعلاً (٢) ، إلا أن ثمرات المبيع وثماره من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاس في فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشتري شيئاً منها إلا من يوم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأخذ المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبايع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفي أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بنفع الفوائد بالسعر القانوني ، كما إذا سلم البايع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ ) .

وتسرى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فالمشتري الراسى عليه المزداد ثمرات العين من يوم رسو المزداد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزداد أو بعد الإعذار أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٣٧٦ - ص ٣٧٧ ) . أما في نزاع الملكية المنفعة العامة ، فقد نعت المادة ١٦ من قانون نزاع الملكية ( رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ ) على أنه « يكون لصاحب الشأن في المقار الخلق في تمويل مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعل لحين دفع التمويل المستحق عن نزاع الملكية . . . » ( الأستاذ عبد المنعم البدوي فقرة ٣٦٧ ) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمناً على أنه منذ هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين القوائد والثمرات ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد لتسليم ، فالتسليم واجب فوراً ، وما على البايع إلا أن يمتد المشتري أن يتسلم المبيع حتى تحب الفوائد من يوم البيع كما يتسك المشتري الثمرات والثمار من هذا اليوم أيضاً ( بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنظر بودوى وسبينها فقرة ٥٢٥ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ هامش ١ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ ) .

التسليم ، وفي نظير ذلك لا يكون مسئولاً عن الفوائد إلا من هذا اليوم كما يقضى  
النص (١) .

ثالثاً - فإذا لم يسلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن يفتح لإبراداً ،  
ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فإن الفوائد  
لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء (٢) ،  
وأعذر البائع المشتري أن يدفعه (٣) . فن وقت الإعذار نجب ، الفوائد القانونية -  
٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية - على الثمن ، وتبقى هذه  
الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضى بأن  
الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد سرت هنا من وقت  
الإعذار بموجب نص خاص في القانون (٤) .

(١) ويقع هذا أيضاً عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للمبيع ، فنقاس  
المترات في الفوائد إلى يوم الاسترداد ( استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣  
ص ١١٩ - ٢١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ ) . أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس  
في موجز البيع والإيجار فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فعل أجله . وهذا بخلاف التفتين  
المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإطّار دون  
أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل ( أوبري ورو ه فقرة ٣٥٦ هامش  
رقم ٢١ - بودري وسينيا فقرة ٥٢٦ ) . ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التفتين المدني المصري  
يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا تجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد  
حلول أجله ، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع ( الوسيط ٢ فقرة ٥١٠  
ص ٩٠٢ وهامش رقم ١ . وانظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٦٧ -  
الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٦  
ص ٣٥٨ ) . فالبائع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك  
في حسابه عند تحديد الثمن ( الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٦٨ ص ٥١٢ ) . أما التفتين  
المدني السابق ( م ٢٣٠/٤١٠ ) فالكاالتفتين المدني الفرنسي لم يخصص الفوائد بأنها الفوائد  
القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإطّار دون تمييز بين ما إذا  
كان الثمن حالاً أو مؤجلاً ( الأستاذان أحمد نجيب الحلّلي وحامد زكي فقرة ٤٣٧ ص ٤٢٩ ) .  
(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تنطس إطاراً يدفع  
للمن ، فإذا قضى بالثمن على المشتري استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة ( استئناف مخطط  
٢٤ مارس سنة ١٩٩٢ م ٤ ص ٢١٦ ) .

(٤) وفي من البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع  
فوائد حتى بعد الإطّار .

ويخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين :  
(١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فوائد عن الثمن ، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حالاً . ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إياه ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد (١) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه .

## ٥ ٢ — الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

### ١ — الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« ١ — يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك »

« ٢ — فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجلس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً » .

« ٣ — ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع » (٢) .

---

(١) نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ؛ رقم ١٢٦ ص ٣٥٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد : عدا بعض اختلاف لفظي ، وفي لجنة المراجعة =

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ (١) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تقنين الموجبات والقيود اللبثاني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢) .

== أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٥ و ص ١٣٧ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ : في حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالا في مكان تسليم المبيع .  
م ٤١١ / ٣٣١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض المشتري في وضع يده على المبيع بدعى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يفسخ منه نزاع الملكية من المشتري ، فله أن يحبس الثمن عندئذ أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .  
( وتنقأ أحكام التقنين السابق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد ) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة المادة ٤٥٧ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٩ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٦ ( مطابقة المادة ٤٥٧ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصح البيع بشئ حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف الأقساط في ميعاده يتحمل كل الثمن . ٢ - ويختبر ابتداء مدة الأجل والقبض المالكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .  
م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن مبعولا . ٢ - ويجب على المشتري أن يتقد الثمن أولا في بيع سلمة بنقد إن أحضر البائع السلعة . أما إذا بيعت سلمة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد المشتري مستغنياً إلى حق سابق على عقد البيع أو إلى من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يحبس الثمن حتى يقطع التعرض أو يزول خدش الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه

وخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندما يصبح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشتري حبسه عن البائع في بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فتبحث إذن : (١) متى يكون الثمن مستحق الدفع (٢) حبس المشتري للثمن .

٣٩٩ - متى يحرم الثمن من الوقوع : تنص الفواعد العامة بأنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد

= الحالة أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٢ - ويرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن . ( وأحكام التقنين العراقي في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يضع حداً عاماً في البيع المطلق أن يكون الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، أما التقنين المصري فيجعل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، وقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التقنين العراقي على المشتري نقد الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك - وانظر في القسانون المدقق العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٩ وفقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٣ - فقرة ٥٥٦ ) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، حد البيع نقداً بلا شرط . م ٤٦٦ ، يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه المبين في العقد . ويحد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريق الدفع على المشتري . م ٤٦٧ ، إذا سمعت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبنته إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يبين الوثائق تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الذبح أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق البيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريق العقد القانونية إذا تزعت يده عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يجيب من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشتري طاملاً وقت البيع بخاطر نزع الملكية منه . م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعب في المبيع يوجب رده . ( وأحكام التقنين البنائي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري ) .

اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ( م ١/٣٤٦ مدني ) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وقد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدده أي المادة ٤٥٧ مدني سائلة الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك « حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد » كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فإذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع (٢) ، ومع ثم يكون الثمن أيضاً مستحق للدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فيتفق المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (٤) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٣٠٩ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشتري غمرات المبيع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - ١٣٧ ) .

(٤) استئناف مخطوط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٣٣ ص ٣٢٧ .

تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتبه في ذمة المدين أي بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (١) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع إلا في الوقت الذي حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذي حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد لتسليمه (٢) .

(١) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ؛ فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (بودرى وسينيا فقرة ٤٩٤ ص ٥٣٥) . أما إذا كان الأجل المطلق لدفع الثمن هو نظرة المصرة أو كان أجلاً تفضل به البائع ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذي يقبض فيه الثمن (لوزبرى ورو . فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلانيوك وريبير وهامل ١٥ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعدداً وذكر في العقد أن يسلم بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (بودرى وسينيا فقرة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع البائع أو نائبه ، أما إذا اشترط البائع للمشتري دفع الثمن لشخص آخر كدائته ، فإن وقت دفع الثمن ينفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، وما لم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فقرة ٥٠١ - بلانيوك وريبير وهامل ١٥ فقرة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض البائع على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتختلف المشتري من دفع الثمن ، فالحكم الذي يسلم بأن البيع يصبح لاغياً ومفسوخاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز التمسك عليه بأنه رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالالتزام إعطاء البائع من الوفاء بالالتزام المقابل ، ولا يكون متجاً التمسك على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقص مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يضاف على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع =

### ٣٩٧ - مبيع المشتري للثمن : متى أصبح الثمن مستحق الدفع

على النحو الذى بيناه ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً عنه . إلا أن المشتري ، وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى سالفه الذكر ، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض في المبيع أو وجدت عنده أسباب جديفة تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع شيئاً يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشتري في المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجوز في الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يحبس حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك في تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفي أن يكون عند المشتري أسباب جديفة يخشى منها من وقوع هذا التعرض (١) . فلزم كشف

---

== ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم في الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتمتع ابتاعها ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ ) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميجاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتعمل الأقساط الباقية في مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لأخذه بيع أراضي بلدية الأسكندرية أن الميجاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بينه الميجاد الذى أعطى للبائع تسليم المبيع ، فهما متساويان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا بزادها على المشتري ودفع ثلث الثمن في الحصة الأيام التالية لرسو الزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس في شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما يبيع من الأرض في تاريخ معين ، فان ميجاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو الزاد ( نقض الذى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة ح ٣ رقم ٩٢ ص ٢٧٣ ) .

(١) ويجب أن تكون الأسباب جديفة ، فالترحم لا يكفي ( استئناف مخطط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٣١ ) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لحبس المشتري الثمن ، فإذا ==



أن ملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١). أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتفاعه بالمبيع ، بل لو وجد أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من حقه أن يطلب من البائع شطب هذه

== لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف غنط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكتفى كذلك بمجرد إعلان الراي عليه المزاد بسبب الاستحقاق (استئناف غنط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتلك المشتري المبيع بالتقادم ولم يعد يحسّ الترخّص ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف غنط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) . ولا يكتفى بظهور حجز في المقار لمحس كل الثمن ، ويكتفى في هذه الحالة بحس ما يقابل الحجز من الثمن (استئناف غنط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٤٥) . وليس للمشتري أن يحبس النصف المستحق من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعت لم يحل وتكتفى لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئي (استئناف غنط ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التي تستحق بعد ذلك (استئناف غنط ٤ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . والمشتري يحبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسو المزاد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزاد عليه (استئناف غنط ٢ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٦٣) . والمشتري أن يحبس الثمن بمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أي حق آخر على المبيع يهدده (استئناف غنط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم البائع بشطب التسجيلات التي تعهد بشطبها (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه .

(٢) استئناف وطني ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بودري وسونيا ققرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (بلايول وريير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط =

القيود (١). ففى كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يجبس عنه

== وفى عقد البيع شطب القيود قبل دفع الثمن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت سجل على العين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله فى إجراءات نزع الملكية التى أرشكت على التأم ، وذلك لأن إشارة البائع فى العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتنفيد إلا أنه مجرد حق مزعوم ، فالمشتري يحق فى حبس باقى الثمن ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذى يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقى الثمن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على النش ( نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥ ) .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يمكن لتحويل المشتري حق حبس الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يحول المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع . فان القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدى الظاهر الذى يهددها ، قد ألزمه بدفع الثمن . ومضى كان المشتري هو الذى امتنع بعد إنذاره رسمياً عن دفع الباقي من الثمن مقابل شطب التسجيل الذى كان يحدد ملكيته ، ثم لم يتم من جانبه بما هو مأمور به قانوناً وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مقصراً فى الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدنى ٢٨ ماي سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) .

ع وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المنشفع منه لأن حقه فى استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفعى مما لا يجوز له حبس الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثانى المقار الذى لم يختصم فى دعوى الشفعة ، إنما يكون فى هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه قضياً بعد أن يكون المقار المنشفع فيه قد نزع ملكيته منه . وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثانى حبس الثمن ، حتى يفصل فى دعوى الشفعة ( نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣ ) .

كذلك للمشتري حبس الثمن إذا لم يتم البائع بتطهير العين فى المياد المستخلص من شروط العقد ، وليس للبائع فى هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير العين من الدين الذى عليها بأن تعهده بذلك لم يمين له فى العقد وقت يجب إقامه فيه ، فأجابت المحكمة على ذلك بأنها رأيت من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مقابل التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع فى مياد غاية اليوم الذى حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقى ثمن المبيع ، وكان ما أوردهته المحكمة فى هذا الصدد من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه .

فلا منقح عليها فى ذلك ( نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥ ) .

الثمن . كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فإن للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يجبس الثمن . على أنه يشترط لجواز حبس الثمن في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضى بأنه لا يحق للمشتري حبس الثمن لسبب من هذه الأسباب . ذلك أن حق حبس الثمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فللمشتري أن ينزل عنه قبل قيام سببه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس الثمن أن يكون هناك سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فإنه لا يكون هناك عمل لحبس الثمن عنه إذ أن الثمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢)

فإذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يجبس الثمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع

---

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق من حق له ، فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا ليس فيه شأن النزول من أي حق . فلا يكون وعد المشتري بمكسفه قيام سبب الحبس أن يدفع الثمن في ميعاد معين ، فقد يجعل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يفسخ الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس . كذلك لا يمكن أن يكون المشتري قد تعهد بدفع الثمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج بحقه في الحبس تجاه الأجنبي كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يمكن أن يقبل المشتري حوالة البائع للثمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشتري من حقه في الحبس ، فإذا اقتصرت بطرؤف تقييد هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودري وسيتيا فقرة ١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يمكن علم المشتري وقت البيع بخطر نزع الملكية منه حتى يجرم من حق الثمن ، وإن كان الثمنين اللبائي (١٧٠ م) ينص على أن ذلك يمكن . ذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يمكن لسقوط ضمان الاستحقاق من البائع ، فلا يمكن هنا أيضاً لسقوط حق حبس الثمن من المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس ، أما عليه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينشئ به واقع البعوى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودري وسيتيا فقرة ١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(٢) استئناف غخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلياً عن البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بدفع قيمة المبيع فإن للمشتري الحق في حبس الثمن (بودري وسيتيا فقرة ١٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

الثمن إلى البائع ، فإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (١) ، ويكون حق الحبس قد سقط بالدفع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بقيام سبب حبسه (٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة (٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة ورثت ذمته منه (٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سر بيان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن الفوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حابساً له (٥) كما قدمنا ، وتنقطع (٦) لهذا هو أودعه خزانة المحكمة (٧) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لافي

(١) وإذا سلم المشتري الثمن للمحامي الذي يتولى كتابة العقد أو الوسيط ، فإن كان سلمه له متبراً لإياه وكلا لم يستطع استرداده ، أما إن كان سلمه له متبراً لإياه وكلا منه لتدليعه إلى البائع بهد الكشف عن المقار بجاز له أن يسترده (الأستاذان أحد تنجيح الملال وحامد زكي فقرة ٤٣٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٣٧ - ص ٢٣٨) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - أوبري ورو ٥

فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانه المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده

ويحبسه في يده (بودري وسينيا فقرة ٥١١) .

(٥) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٦٧٩ - استئناف

مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ - استئناف مخطوط ٧ يونيو

سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ . بل لا يستطيع المشتري حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن

قد حرم من الانتفاع بالمبيع فنهذ ذلك يحق له حبس الفوائد أيضاً (بودري وسينيا فقرة ٥١٩ -

بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - قارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ - وانظر استئناف

مخطوط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٦٨) .

(٦) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠

مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه دائنو

البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الرقعي أو الهائتي ويتبين أن المعارضة لا أساس

لها (استئناف مخطوط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨) .

(٧) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ - بودري وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر أنفاً

فقرة ٣٩٤ في المالحش .

كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يجبس كل الثمن ، بل يجبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يهدده ، فيجس ، مثلاً ما يساوي الدين المضمون بالرهن أو يعادل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق (١) . وحق المشتري في جبس الثمن على النحو الذي قدمناه محتج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فإن للمشتري أن يحتج بحق الجبس تجاه المحال له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول زوله عن الحق في الجبس (٢) .

وحق المشتري في جبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٢ و مدني) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* ولحق في الجبس بوجه عام *droit de rétention* . فالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (٣) .

(١) بلانوي وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على التقدير الذي يحسمه من الثمن قدرت المحكمة هذا التقدير وتسنس في ذلك عند الحاجة برأي الخبراء . (بودري وسينيا فقرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٩٧) .  
 وفي تقنين الموجبات والقيود الجنائي نص (م ٤٧٠) يقضي بأنه « إذا كان التعرض مقصوداً على قدم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يجبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك القسم » .  
 (أنظر أيضاً فقرة ٣٩٥ في المحاش) .  
 (٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا المعنى : « حق الجبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الجبس والدفع بعدم تنفيذ القيد وهما مقرران في القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٣٦) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين (١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بئزول التعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلاً لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه المشتري في المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافي أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

== على أن هناك توسعاً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ، لا إلى تعرض فعل أو عيب كشفه المشتري ، بل إلى مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع من يده ، فهذا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هناك أنه يخشى من عدم إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجيز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجيزه هنا في هذا التطبيق الخاص ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٥٠٩ ) . ومن ناحية أخرى فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٣٠٢/٤٥٧ مدني ، فيصح للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بلى التزام آخر نشأ في ذمته من عقد البيع ( الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٩ - ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨ ) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - استئناف مخطط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦ ص ٣٠٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٩٢ . وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائز حبسه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذي يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع إذا كان لاسترداد عمل . وتقدم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن ( بودرى وسينيا فقرة ٥١٥ ) . وإذا كان هناك اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود ( بودرى وسينيا فقرة ٥١٦ ) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطوير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لمعرضه على الدائن للثمن ( بودرى وسينيا فقرة ٥١٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٣ ) .

وإذا كان البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن ، أغنى من تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزنة المحكمة على ذمة الدائنين لوفاء ببيعهم ==

## (ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ مع التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (١) .

---

== وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتريين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم للقسط الثاني منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على الدين المبيعة من الثمن ، ثم أنفذهم بإيداع الثمن خزنة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مؤسدة حكمها على مجرد أن المشتريين استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة بأثني عشر تسجيلاً أريت على أثنى جنبيه ، وأن هذه الشهادة شملت جلة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتريين في حبس الثمن لثقل خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً لقانون . إذ الإيداع بالخزنة هو غير كفالة يمكن أن يطلب بها المشتري ، فلهي متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يمد عدلاً في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع ( نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧ ) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق

مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة في الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدى « سلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصاروا رقمه ٤٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤ ) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٨/٤٩٦ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٠٩ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه إيفاء بالتأمين يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان التأمين مستحق الدفع وقت تسليم المبيع . (٢) وحالة ما إذا كان التأمين مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٨/٤٠٩ : يجب على المشتري وفاء بالتأمين في المباد وفي المكان الميعين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .  
م ٢٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل المشتري، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري .  
(ولم تذكر هذه التصوص أن مكان الوفاء بالتأمين هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود المشرع .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة لمادة ٤٥٦ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة لمادة ٤٥٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في مكان المشتري أدائه فيه ، فإذا لم يبين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقتضي غير ذلك .

( وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ٢٧٢ و فقرة ٢٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مقابل ، تفسر القواعد العامة ، وهذه تنقضي بأن يكون الوفاء بالتأمين في موطن المشتري (م ٣٠٢ لبناني) ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .



### ٣٩٩ - الثمن مسبق الدفع وقت تسليم المبيع : يخلص ما قدمناه

في تحديد الوقت الذي يجب فيه الوفاء بالثمن أن الثمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع في القروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع الثمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون الثمن مستحق الدفع .  
(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع الثمن ، فعندئذ يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه القروض جميعاً ، ما دام الثمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فانه يدفع أيضاً في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين في وقت واحد وفي مكان واحد (١) . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه في موطن البائع (٢) . ويترتب على ذلك أنه في القروض السالف ذكرها - حيث يكون الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع الثمن إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع (٣) ودفع الثمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع الثمن في المكان

---

(١) فإذا كان المشتري هو الذي يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع الثمن ، وإذا كان البائع هو الذي يطلب الثمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع ( أنسيكلوبيدي دالورز « لفظ vente » مقرة ١٥٨١ ) . وإذا أرسل البائع السلعة إلى المشتري في مقابل دفع ثمنها ( contre remboursement ) فكان تسليم المبيع ودفع الثمن هو موطن المشتري ( أنسيكلوبيدي دالورز « لفظ vente » مقرة ١٦١٣ ) .

(٢) أنظر آنفاً مقرة ٣١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً في المكان الذي يدفع فيه الثمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين في مكان واحد . وهذا ما يعبر عنه بـ « تسليم في المبيع » التي كانت واردة في نص المشروع التمهيدي قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت « سلم فيه المبيع » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٢٣ - وأنظر آنفاً مقرة ٣٩٨ في الهامش ) .

الذى يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، وفي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهى تقضى بأن يكون وفاء الالتزام - وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود - في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ( م ٢/٣٤٧ مدني ) . فهنا قد دفع الثمن ، لا في موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

#### ٤٠٠ - الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع :

ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتيين :

(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ففي هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذى حدد له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ - في الفرضين المتقدمين - تنفي الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن في وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والثمن يدفع في وقت غير الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة في أن يدفع في المكان الذى يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع في هذين الفرضين إلى القواعد العامة ، وهى تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون

---

(١) لكن إذا كان الأجل الممنوح للمشتري لدفع الثمن هو نظرة المجرى أو كان أجلاً تقتضى به عليه البائع ، بقر المشتري ملتزماً بدفع الثمن في المكان الذى تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه في وقت غير وقت تسليم المبيع ( جيوار ٢ فقرة ٥٦٠ - أوبري ٥ فقرة ٢٥٦ ص ١٠٠ - بودري وسبينا فقرة ٤٩٦ - بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ١ ) .

في موطن المشتري أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا مانصت عليه  
مضلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدني إذ تقول : « فإذا لم يكن الثمن مستحقا  
وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري  
وقت استحقاق الثمن » . فليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة المتقدم  
ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع مطلقاً  
بالأعمال التي يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان بيعاً تجارياً ، هو مركز  
أعمال المشتري ( م ٢/٣٤٧ مدني ) .

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه (١) .

## المطلب الثاني

### جزء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠٨ - تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن ،  
كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجائين  
ينشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع  
بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم يف  
المشتري بالتزامه ، جاز البائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينقله جبراً على ماله بالثمن  
ويستطيع بوجه خاص أن ينقله على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشتري وله  
عليه حق امتياز البائع فيقدم فيه على سائر دائي المشتري . وجاز للبائع أن يطلب

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد المكان الذي يجب فيه إيفاء  
الثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق  
الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . أما إذا كان  
مستحقاً في هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجائين يجب أن ينقله جبراً واحدة فيدفع الثمن  
وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التسليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه بغيره  
( مجموعة الأعمال التشريعية : ص ١٢٦ ) .

فسخ البيع تطبيقاً لقواعد الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين (١). وجاز للبائع أخيراً ، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري ، أن يجسده في يده حتى يستوفى الثمن ، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً في العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة - للتنفيذ الجبري وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة في البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٢) . وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهيء له سبل الائتمان فيستطيع في يسر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . ويني البحث هنا طريقان :

(١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع (٣) .

(١) وقد كان المشروع التمهدي يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يتم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع ، فالبائع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ١٣/٣٢٢ من التفتين المدفوعة السابق ، وتنص على أنه « إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المنفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهدي في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤٦ في أفاضل وص ١٤٩ في المامش ) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التفتين المدفوعة الثانية ، وانظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

(٣) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وفاته بالثمن كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومن سجل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن ( استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ ) . ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له سبباً صحيحاً لهسك بالتقادم القصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م -

## ١٥ - حبس المبيع

٤٠٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٥٩ من القانون المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فلا باع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢٥ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يجل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .  
وتنص المادة ٤٦٥ على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) .

---

١٦ م = (٢٥٥) . وقد يحفظ البائع بالملكية حتى وفاء الثمن ( استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٥ ص ٩١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ ) ، وقد يشترط أنه في حالة تأخر المشتري في دفع قسط تحمل باقي الأقساط وتنتحق عليها جميعاً فوائده تأخير دون حاجة إلى إعداء ، فيصح الشرط ( استئناف مخطوط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٢ ) . وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشتري في دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة البائع على سبيل التعويض ، نظر القاضي في إعطاء البائع التعويض المناسب ، وإلا كان المبلغ المدفوع على سبيل التعويض أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر ( استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٩ - ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ ) .

### (١) تاريخ النصوص

٤٥٩ م : ورد هذا النص في المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدى ، والفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى تطابق ما استقرت عليه في القانون المدني الجديد . أما الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى فكانت تجري على الوجه الآتى : « وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يجل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات لوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إفسار يوشك منها أن يضيع الثمن على البائع » ما لم يقدم المشتري كديلاً . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية بحذف الجزء الأخير منها وإحالة الحكم ( م ٥١ - الوسيط ج ١ )

وتقابل هذه التصوصن في التصنين المنفى السابق المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٨٠/٣٥١ و ٢٨١/٣٥٢ و ٣٥٢ مختلط (١) .

== الواردة في عل المادة ٢٧٣ من التصنين المنفى الجديد ، وأصبحت المادة ٤٧٢ في الشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ ( مجموعة الأعمال التصضيرية ٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٥ ) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٨ من الشروع التمهيدى عل الوجه الآتى :

« ١ - إذا حق البائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلا يجوز للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - عل أنه إذا ملك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجعلها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتى : « ١ - إذا استعمل البائع حقه في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فليس للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفى جميع الأحوال إذا ملك المبيع في يد البائع وهو حابس له . كان الهلاك عل المشتري » . وصار رقم المادة ٤٧٣ في الشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية مجلس النواب حذفت الفقرة الأولى لأنها « تطبق واضح القواعد العامة لا ضرورة للنص عليه » ، فأصبحت المادة مقصورة عل الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد ملك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا عل المشتري ، وهذه الحالة محتملة الزقوع فوجد من المفيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التصنين المنفى الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ ( مجموعة الأعمال التصضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩ ) .

(١) التصنين المنفى السابق م ٢٧٤/٣٤٥ : وضع اليد عل المبيع بدون إذن البائع لا يكون

معتبراً إن لم يبلغ الثمن المستحق ، بل يكون البائع الحق حينئذ فى استرداد المبيع . وإنما إذا ملك المبيع وهو فى حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .

م ٢٧٩/٣٥٠ : البائع الحق فى حبس المبيع فى يده لحين استيلائه عل المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً عل حسب الاتفاق ، ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري يده البيع أجلأ لدفع الثمن لم يحل .

م ٢٨٠/٣٥١ : ليس البائع الذى لم يتحصل عل الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الذى سلمه باعتباره المشتري ، وإنما له الحق فى الحصول عل فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به . م ٢٨١/٣٥٢ : إذا قلت التأمينات المخطئة من المشتري لدفع الثمن أو صار فى حالة إصاار يترتب عليه ضياع الثمن عل البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنه ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاه المشتري كتيلاً .

م ٣٥٢ مختلط : وليس البائع أن يمنعه من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه .

( وأحكام التصنين السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التصنين الجديد ، فيما عدا المادة ٣٥٢ =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
للمادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ -  
وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تقنين الموجبات والقيود  
اللبتاني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١) .

= مختلط فهذه حذفت لأنها على غير مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى  
في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤ ) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ ( مطابقتان  
للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصرى . وانظر في القسانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ ( مطابقتان للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصرى ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - لبايع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى ما هو حال  
من الثمن ولو كان المبيع بحلة أشياء يمت صفقة واحدة ، فله حبه إلى أن يستوفى الثمن الحال ،  
سواء سعى لكل منها ثمن أو لم يسع . ٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط  
حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبه ، وليس  
للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري وبجبه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ - وقبض  
المشتري المبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن  
هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأدائه ما في  
ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ،  
فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .  
٢ - على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشتري لبيع الثمن ، إذا كان  
المشتري قد أضمت ما قدمه من تأنيبات الغراء بالثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها  
أن يفسخ الثمن على البائع ، هنا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فلبائع حق حبه إلى أن  
يستوفى الثمن أو تبنيه المحكمة وتؤدى لبايع حقه من ثمنه . فإن زاد من حق البائع يدفع الزائد  
لباق الثمن ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة لفرما فيما بقى له .  
( وأحكام التقنين العراقي تنص في مجموعها مع أحكام التقنين المصري . أنظر في القانون  
المدني العراقي الأستاذ حسن القنون فقرة ٢٩٣ - فقر ٢٩٩ - الأستاذ عباس . من الصراف  
فقرة ٥٦٦ - فقرة ٥٧١ ) .

تقنين الموجبات والقيود البتاني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت المبرره في العقد ،  
وإذا لم يمين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقضيها طبيعة البيع =

ونبحث في حبس المبيع مسائل ثلاثاً : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع (٢) وما الذي يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضى .

### ٤٠٣ - متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩

مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين :

أولاً - إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق

== أو العرف . إن البائع الذي لم يمنح المشتري مهلة الدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجوه التأمين .

م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء بجملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض مجموع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمنعه عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة الدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشاري مهلة الدفع : أولاً - إذا أصبح المشتري بعد انعقاد البيع في حالة الإحصار . ثانياً - إذا كان في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته . ثالثاً - إذا نقصت التأمينات التي قسمها ضماناً للدفع حتى أصبح البائع مسجداً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضماناً لجميع حل الشروط التي يتضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون عنده .

( وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا : (١) أن قبول البائع حوالة الثمن على شخص آخر يسقط حقه في الحبس في التقنين اللبناني ، كذلك إذا أجاز البائع أن يقبض الثمن شخص آخر . أما في القانون المصري فيبقى حق الحبس ضماناً للبائع .

(٢) حالات سقوط الأجل في القانون اللبناني تختلف في بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط الأجل في القانون المصري . أما في هلاك العين المبينة وهي محبوسة في يد البائع بغير فعل البائع ، فإن الهلاك يكون حل المشتري في القانون المصري ، وقد أحال التقنين اللبناني في ذلك على أحكام الرهن وتنقضى المادة ١٠٨ من قانون الملكية المقارنة في لبنان بأن « يبقى المقار بإشراف وأنفس اليد ويبقى بمهلة المالك وعلى مسئوليته إذا أنهت المرتهن حدوث ثلوث قاهرة » . فالهلاك إذن يكون حل المالك أي الرهن في حالة الرهن وعلى المشتري في حالة البيع ، ويكون حكم التقنين اللبناني متفقاً في مع حكم التقنين المصري ) .



الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فبمصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت لتسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قلنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدماً على الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فاذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه المذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : ويسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكالة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

وبخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت لدفع

(١) أنظر الوسيط ج ٣ فقرة ٧١ - فقرة ٧٥ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل ضلاً ، فلا يكتفى بمجرد خشة البائع أن يكون المشتري مصرراً عند حلول الأجل ( بلانيرول وريير وهامل ١٠ ص ١٨٠ وهامش رقم ٣ ) . أما إذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً وهو يحتمل أنه مفلس أو مصر ، فإن الأجل يمكن إسقاطه في هذه الحالة فلتل ، ويكون للبائع حبس المبيع ( بلانيرول وريير وهامل ١٠ ص ١٨٠ هامش رقم ٤ ) .

الثمن متأخر عن الوقت الذى حدد لتسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن دون أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام البيع . أما الثمن فيدفع في الوقت الذى حدد له ، ولا يجوز في هاتين الحالتين للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت المحدد للتسليم ، ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى - وهذه هي نظرة الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون حبس البائع للمبيع إلى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشتري فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) . (٢) إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعلم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه

---

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر عن وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يمين وقت دفع الثمن ، فالبائع منتهك أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بوردى وسينيا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيسوار ٢ فقرة ٢١٧ - أوبرى ودو ٥ فقرة ٣٥٤

عاش رقم ١٢ - بوردى وسينيا فقرة ٣٠٦ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٥٧

ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ١٥٢ .

وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يقف هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفى الثمن (١) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . ومنزى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبسه ، وإما بأي طريق آخر يفيد الزول عن الحق .

#### ٤٠٤ - ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع يترتب

على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (٢) .

فالبائع يتمتع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفى الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا ينجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حابساً لكل المبيع حتى يستوفى الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع حلة أشياء يبيع صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، سواء سمى لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أول لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٣) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قدمنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفى الثمن

---

(١) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، فهو الذي عليه أن يثبت أنه وفى بالتأمن الحال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والانتناع من حبسه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين بالتأمن والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات التخلص من يده ( أنظر مع ذلك بلانبول وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٥٦ ص ١٧٩ ) .

(٢) أنظر الرسيط جزء ٢ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٣) أنظر المادة ٥٧٧/١ مرقى والمادة ٤٠٨ لبناني ( أنقأ فقرة ٤٠٢ في المالحى )

وفوائده التي تستحق بالرغم من عدم تسلّم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسلّم المشتري للمبيع يرجع إلى خطأه إذ لم يوف بالتمنّ المستحق في ذمته (١) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيقبل في المحافظة عليه حناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدني) ، وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدني : « وعلى الحائس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد يبرئ ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٦٠ مدني كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهي هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطأه ، فهو الذي تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسؤولية الهلاك إذ وقع بخطأه ، وجاز للمشتري أن يطلب غشخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٢٤٧/٣ مدني) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز البائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أي شخص آخر يأخذه منه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع الترميم في هذا الصدد : « أما ثمرات المبيع وقت الحبس فهي للمشتري من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائده الثمن » مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٥٣ ) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر قانوناً أن للبائع له الحق في حبس العين المبيعة في فترة حبس العين . كذلك المشتري الذي يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس العين المحكوم بفسخ "بيع الصادر فيها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه ، وهو في وضع يده حسن النية فلا يطالب بثمرات العين في فترة حبسها ( استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ ، المجموعة ٥٠ رقم ١٦١ ) .

دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . ونقول المادة ٢٤٦ مدني في هذا الصدد : « (١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يده حائزه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز للحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » (١) .

وحق البائع في حبس المبيع يحتاج به البائع على الغير ، فلو أن المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفي ثمنه من المشتري .

#### ٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق

البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما بزوال البائع عنه .

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفي البائع الثمن والقوائد جميعاً ، وقد قلنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلو بقي في ذمة المشتري بعض الثمن أو القوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

وينقضي الحق في حبس المبيع بزوال البائع عنه . وقد قلنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن

---

(١) انظر المادة ٢٧٤/٣٤٥ من التفتين المدني السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراق ( آتفاً بقرة ٤٠٢ في الماشي ) . ولكن إذا ملك المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الملاك على المشتري من باب أول ما دام أنه يملك على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من ملك المبيع في يده ( المذكرة الإيضاحية لمشروع التشريع في جملة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٥٣ )

يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم للمشتري المبيع اختياراً بعد ثبوت حقه في حبه ، عد هذا نزولاً منه عن حقه في حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري (٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن ، فإذا قضى له بالفسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أجلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه نزول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذي منحه لإياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن نزل هذا عن حقه في حبه (٤) . لكن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق لا يزول حتى

---

(١) استئناف مخطوط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قانونية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذ سحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريير وبولانجي ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) وزول حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشتري ، ثم يترجسها لإصلاحها فلا يستطيع أن يجبرها بالثمن (بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤٩٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع واستعاض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وانظر المادة ٣٥١/٢٨٠ من التفتين المدف السابق والمادة ١/٥٧٨ من التفتين المدف العراقي آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش .

(٤) أنظر البشارة الأخيرة من الفقرة الأول من المادة ٤٥٩ مدني ، والعبارة الأخيرة من المادة ٢٧٩/٣٥٠ من التفتين المدف السابق ، والمادة ١/٥٧٩ من التفتين المدف العراقي والمادة ٤٠٩ ثالثاً من تفتين الموجبات والمقود البناني (آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) - وهذا ما لم يتصرف البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بحقه في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي : « أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يتصرف ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قلنا أن الأجل (نظرة المبصرة) الذي يمنحه القاضي للمشتري الوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بعد انقضاء نظرة المبرة ، لأن القاضي لا يسقط حق المشتري الأجل . »

لو قدم المشتري رهنًا أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقًا واجب الوفاء في الحال ، فلا يمكنه أن يقدم له المشتري رهنًا أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ له حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو في حاجة إلى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التي أعطاه له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على النقيض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشية من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسرًا عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن في هذه الحالة يكتفي للإفالة بسبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل زولان إذا قدم المشتري للبائع ضمانًا . فإذا ضعفت التأمينات التي تكفل الثمن لسبب لا دخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالًا ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضمانًا كافيًا ( م ٢٧٣ ثانيًا مدني ) . فهنا يتمتع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضمانًا كافيًا للثمن ، لا لأن الضمان الكافي يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافي يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالًا ومن ثم لا يثبت حق البائع في حبس المبيع أصلاً . وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالًا وبحسب البائع المبيع حتى يستوفيه ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لا لأن التأمينات التي قدمها المشتري للبائع

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ، « فإذا كان الثمن كله أو بعضه يصدق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ، ولا يسقط حقه في الحبس ( إلا أن يقدم له : اقرأ ولو قدم له ، وما ورد في المذكرة الإيضاحية وقع فيه خطأ ما ) المشتري رهنًا أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقًا واجب الوفاء في الحال » ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥٢ - ص ١٥٤ ) .

(٢) انظر آتياًقرة ٢٩٧ .

قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التي وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الندي في ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع لا يزال في يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحالة (١) .

(١) بل والمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن - ومن أجل ذلك لم ينقل الثمنين المدف الجديدين الذي كان وارداً في المادة ٣٥٢ مدف مختلط ، وكانت تنص على أنه « ليس للبائع أن يمنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه » ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قلناه . وكان القضاء الوطني يقضي في عهد الثمنين المدف السابق بأن البائع الذي حول الثمن يبقى محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن الثمنين المدف الوطني أنقل ذكر المادة ٣٥٢ من الثمنين المدف المختلط . فقضت محكمة شين الكوم الكلية بأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فيرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً سقوط حق البائع في حبس العين المبيعة في اتفاقون الأهل ، وذلك لأن الشارع قد أغفل في القانون المدف الأهل ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدف المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهل قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقي أو التنازل الصريح من هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل ( ١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤ ) .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في صدد إلغاء المشروع المادة ٣٥٢ مختلط : « ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من الثمنين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى المحال له ما كان للبائع من ضمانات » ( مجموعة الأعمال للجمعية ٤ ص ١٥٤ ) . والمقروض في هذه الحالة الأخيرة أن المشتري هو الذي أجرى حوالة الدين بالثمن فقله من ذمته إلى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله الحوالة زولاً عنه من حقه في حبس المبيع ، بل له أن يحبس المبيع من المشتري حتى يستوفي الثمن إما من المحال عليه وإما من المشتري نفسه .

من هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردتها تقنين الموجبات والنفود البناني في المادة ٤٠٩ منه لا تتفق مع القواعد العامة في المبكين الأولين ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا ( أنظر فقرة ٤٠٢ في الحاشي ) ، على ما يأتي : « ليس للبائع أن يمنع من تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع » .



## ٢٤ - فسخ البيع

٤٠٦ - **تطبيق القواعد العامة:** إذا لم يوف المشتري بالتأمين المستحق، فالبائع، غير حبس البيع، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني. فتنص المادة ١٥٧ على أنه « ١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره للمدين أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في مجلته». وتنص المادة ١٥٨ على أنه «يجوز الاتفاق على أن يمتنع العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١)».

وقد كان المشروع التمهيلي للتقنين المدني الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة، وسُيُرد ذكرها فيما يلي (٢).

ويخلص من النصوص التي قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً، وإما أن يكون فسخاً اتفاقاً

---

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ١٧٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ٤٢ من تقنين المورجيات والقواعد البناني.

(٢) أنظر ما يلي بقرة ٤٠٧ وبقرة ٤١١.

## (١) الفسخ القضائي

٤٠٧- مسائل متروكة : إذا أخل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قلنا أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة في صدد هذا الفسخ ، ويسمى بالفسخ القضائي لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقي .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائي كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : (١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهتداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهتداً بذلك ، جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تفكر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إظهار المشتري إلى أجل آخر ، (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

فنتعرض إذن في إطار القواعد العامة في الفسخ القضائي (٣) مطبقين بها على عقد البيع بالذات ، كبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي تترتب على الفسخ .

(١) وكان هذا النص يتقابل في التفتين اللذين السابق المادة ٢٢٣/٤١٤ - ٤١٥ ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تعطي لأصيل ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاداً واحداً » . ويتقابل في التفتين اللذين العراقي المادة ٥٨١ ، وهي تنص على ما يأتي : ١ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، ذالبائع بالتخييار إما أن يلزم المشتري بالتنفيذ ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهتداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهتداً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تفكر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إظهار المشتري إلى أجل آخر » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ في الماشي وص ١٤٩ في الماشي .

(٢) انظر في القواعد العامة في الفسخ القضائي الوسيط جزء أول فقرة ٤٠٥ - فقرة ٤٧٩ .

## ٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن

مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعداره .  
 فإذا لم يدفع المشتري الثمن بعد الإعدار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشتري  
 يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى (١) . وبكفي لجواز طلب  
 الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه (٢) ، أو أن يتخلف عن

(١) والمحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ  
 للالتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها في ذلك تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض  
 ( نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ ) . كما أن لها أن تستخلص  
 أنه لم ينفذ هذه الالتزامات فتنتفى بالتفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن  
 أو التزامات أخرى أغضاها المشتري على نفسه في عقد البيع . فلو قضية اشترى شخص أرضاً  
 من مصلحة الأملاك ، وتمتع بإقامة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم  
 هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب فادعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت  
 محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب بمدة  
 طويلة ( نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢ ) . فإذا ارتفع  
 السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تقصير  
 لمشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أسس البائع دعواه يطلب فسخ عقد البيع  
 لـ أن المشتري ، بعد أن التزم بسداد ما هو مطلوب للحكومة التي تلقى عنها البائع ملكية المبيع  
 من أقساط الثمن ، لم يقيم بدفع شيء ، وأن الحكومة زعمت ملكية أملاكه هو وفاء لمطلوبها وبيعت  
 ووسا مزادها على المشتري ، فحكمت المحكمة بالتفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن  
 تعتبر التفتتاً إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى  
 الفسخ لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت الراس على المزايد المتخلف بقبض  
 ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزمت الحكومة بالمصاريف ، فانها تكون مخطئة ،  
 لأن الفسخ تأنيباً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان  
 الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التقصير المدعى به على المشتري فيما التزم به في العقد  
 ( نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٢٣٠ ) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك  
 لا يمنعه عند تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع ( استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣  
 م ٥٥ ص ١٣٥ ) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر  
 المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ ( نفس الحكم السابق ) . وإذا اشترط البائع على المشتري  
 ألا يبيع العين المشتراة ولا يرهنها إلا بعد وفاء الثمن كاملاً ، فهذا شرط فاسخ لا شرط واقف ،  
 ويكون للمشتري أن يبيع أو يرهن ، ولكن تصرفه يكون مطلقاً على شرط فاسخ هو دفع الثمن  
 كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز تبائع أن يفسخ البيع الأصل فيفسخ تباعاً لذلك تصرف المشتري  
 بالبيع لو بالرهن ( استئناف مخطوط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣١ ) .

دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . فتختلف المشتري عن دفع أى جزء من الثمن حال الإداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى بطلب فباسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . فتى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الدخول الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين فى سنتين متوالين ، فان هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخول الدائم ( م ٥٤٧ مدنى ) ( ١ ) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الانفاقة أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا لم يتم المدين ( بالإيراد ) بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخه مع التعميض إن كان له محل ( ٢ ) . بل يكفى أن يتخلف المشتري عن رد

( ١ ) جيوار ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبرى وود ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ - بودرى وسينيا فقرة ٥٣٨ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهاسل ١٠ فقرة ١٦٣ - بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ٢٥٨٧ - كولان وكايشان ٢ فقرة ٥٩٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

( ٢ ) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص ( م ١٩٧٨ ) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة ( بودرى وسينيا فقرة ٥٣٩ - بلانيول وريبير وهاسل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ - جوسران ٦ فقرة ١١٤٢ ) . أنظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٥٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها » . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يجيز إلا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد - المادة ٧٤٦ السابقة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت فيه إلى مقتضى القواعد العامة . والعبارة بتاريخه كالتالى : « فان كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سوى التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد » .

مصرفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصرفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، فتختلف المشتري عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ومجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) وسيأتى بيانها ، وإما أن يتمتع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان فزلاً ففسخ أو خشباً فصنع أثاثاً أو بئراً فوضع فى الأرض (٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لافى دفع الثمن لافى تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع فى هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيها إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن (٤) .

---

(١) بودرى وسبنا نفرة ٥٣٧ - بلاتيرول وديبر وهامل ١٠ نفرة ١٦٢ - وإذا كان المبيع ينتج ثمرات وتسلمه المشتري ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهي مستحقة فى هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وجاز للبائع طلب الفسخ (تنقص مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام التنقص ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) وهي حالة ما إذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع .

(٣) ولا يعتبر تغييراً لحالة المبيع يتمتع منه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محظوظاً بذاته المادية ، كاشية الحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسيارات وغيرها تخصص لكلمة الأرض ، كالغرايا والمناثيل توضع فى منزل (بودرى وسبنا نفرة ٥٣٥) .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتى : ١٥ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع إذا لم يتخلف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع فى حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد فى مدة خمسة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حافظاً (م ٥٢ - القريب ج ٤)

ويستوى كذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً .  
غير أنه في المبيع التجاري يدخل التقنين التجاري تعديلات على حق البائع في  
الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشتري ، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع  
المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائناً بالثمن وهو أسوة الغرماء فيه (١) .

ويستوى أخيراً في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً  
قضائياً بالمزاد العلني جبرياً كان أو اختيارياً (٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد  
نظم إجراءات خاصة ، في حالة البيع القضائي بالمزاد ، لإعادة البيع على من رسا

---

= لحائنه التي تم عليها التسليم . ٢ - هل أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المورج ، إلا  
إذا أثبت أن المورج كان يعلم أن المنفولات وغيرها ما هو موجود بالعين المورجة لم يدفع ثمنها .  
٣ - ولا يجوز الإخلال فيما تقدم بالقوانين والمبادئ التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان  
هذا النص يحمل بيع المنقول غير الموزيل - أي الذي لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم  
المبيع - مفسوحاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في العقد على ذلك ، إذا لم يتوقف الثمن ولهذا أن  
يسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة ستة عشر يوماً من وقت  
التسليم ، بشرط أن يكون المبيع لا يزال في حيازة المشتري ولا يزال حائناً لحائنه التي كان  
عليها وقت التسليم ، ودون إخلال بامتياز المورج وبالقوانين والمبادئ التجارية ( أنظر في  
هذا المعنى المادة ٢١٠٢ وأبداً من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٤٦٩ من تقنين الموجبات  
والعقود اللبناني ) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه المادة ، لأنها تتناول تفصيلات يحسن  
أن تترك لقواعد العامة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ - ص ١٥٢ في الماش ) .  
وبمقتضى تطبيق القواعد العامة أن يكون الفسخ قضائياً ، ومن ثم يترك لقاضي سلطة التقدير  
فيما إذا كان يقضى بالفسخ أو يعطى مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوحاً من  
تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وقد نصت المادة ٣٨٣ تجاري على أنه « يجوز استرداد البضائع المرسله للمفلس المبيعة  
إليه ما دامت لم تسلم إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالمسولة المأمور ببيعها على ذمته ، إذا كان  
المفلس المذكور لم يدفع ثمنها كله ولو تحررت به منه ورقة تجارية أو دخل في الحساب الجاري  
بينه وبين البائع له » . ونصت المادة ٣٨٤ تجاري على ما يأتي : « ومع ذلك لا يقبل طلب  
رد البضائع إذا كان المفلس باعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون تدليس يتنازل عنه فاعلمتها الدقة  
على ملكيتها لها وتذكره إرساليته أو بناء على القائمة المذكورة وتذكره النقل بشرط أن يكون  
موضوعاً على كل منهما إضفاء المرسل » . ونصت المادة ٣٨٧ تجاري على أنه « إذا كانت البضائع  
المبيعة للمفلس لم تسلم إليه ولم ترسل له ولا لإنسان آخر على ذمته ، يجوز لبائنها الامتناع  
عن تسليمها » . أنظر أيضاً المواد ٣٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٨ و ٣٨٩ تجاري .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٩ ص ١٥٣ .

عليه المزاو وتختلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذى يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلوك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة في ذلك ، كما إذا كان قاصراً ويبيع عقاره بالمزاو فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رما عليه المزاو فيفسخ البيع بدلا من إعادته ويرد البيع للقاصر ، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً ينفذ عليه دائنوه فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وقاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة في فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من إعادة البيع (١) .

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائنوه باستعمالهم بحق مدينهم في طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (٢) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلفه العام كالوارث . وإذا باع المشتري الذى لم يوف الثمن المبيع إلى مشتر ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثانى ، فإن فسخ البيع يحتاج به على المشتري الثانى . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للتقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٤٤٤ .

(٢) استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ — ولا يجوز للبائع الذى حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحال له ( نفس الحكم السابق ) .

(٣) استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٩ — أوبرى وروه فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٥٤٢ — فقرة ٥٤٥ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١ وفترة ١٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه في حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتجزئة ، وتجزأت دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعددين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب انضمام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا تنجزاً عليه الصفقة ، ولا يجوز أن يفسخ البعض في كل المبيع ( كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ — جوسران ٢ فقرة ١١٤٣ — ولكن قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٩٣ )

ويجب حتى يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالالتزامات الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (١) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع ينفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعه الهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري (٢) .

== وإذا مات المشتري من ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يمتنع هذا بتفرق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك الميراث ( الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي نفقة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان نفقة ٣٠٠ ص ٢٥٣ ) .

(١) بودري وسينيا نفقة ٥٤٦ - فلا يمتنع البائع ، وهو لم يسلم المبيع في ميعاد التسليم ، بأن المشتري لم يدفع الثمن فلا داعي إلى التسليم ، فإدام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يمتنع له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولاً للمشتري ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ ( بودري وسينيا نفقة ٥٤٦ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ نفقة ١٦٦ ) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذي أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن قضائها برفض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون ( نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ ) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يئس من دفع المشتري الثمن ، لم يميز المشتري أن يمتنع عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد يأسه من قيام المشتري بدفع الثمن ( نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٠ ص ٦٤٠ ) .

(٢) ويجوز أن يشترط المشتري في عقد البيع ألا يكون البائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . عل أن تنازل البائع من حق الفسخ عل هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً دقيقاً شأن كل تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري القسط الأول من الثمن ، لم يميز أن يستخلص من هذا أنه قد زل من حقه في الفسخ عند تأخر المشتري في دفع الأقساط الباقية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لافياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً عما ينوّه له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وبأن له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا للشرط لا يصح الظن عليه بأنه مخالف للعقد الذي هو قانون المشتري ، لأنه تفسير يحمله العقد ولا غبار عليه قانوناً . ولكن كان يصح ==



٤٠٩ - كيف يكونه فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تقضى بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى، فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (١) ، ولكن الإعدار السابق على رفع الدعوى يظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض فوق الحكم بالفسخ (٢) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لا بد من رفع دعوى وصدر حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشئاً للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ

---

== هذا العلم لو أن المقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي التأخر مضموناً بماله من امتياز هل المقار المبيع ( نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠ ) .

(١) استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٢) ولا يمكن لرتب الأثر القانوني للإعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنهذه، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنته لأنه قد يكون حاصلًا قبل الميعاد المعين لوفاء أو قبل قيام البائع بتسديداته التي توقفت عليها تمهيدات المشتري ( نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٩٣ ) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكن تقضي المحكمة بنفس طقة البيع تحقيقاً للشرط التناخي الضمني أن يتبه البائع على المشتري بالوفاء تنسياً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد عرض ثمنًا أقل مما هو ملازم بسداده وصمم على ذلك لميز الفصل في الدعوى ، فلا يكون هناك حاجة - لكن يصح الحكم بالفسخ - إل ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق ( نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ) .

وإذا أعذر البائع المشتري وحده له في الإعذار مدة لدفع الثمن ، فإن هذه المدة لا تسلب الإطلاق أثره القانوني ( استئناف مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨ ) . والإعذار واجب حتى لو جمل البيع موقوفًا على شرط دفع الثمن ( استئنافات مخطط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٢٧٠ ) . ورفع الدعوى يعتبر إبطارًا كما تقدم ، وهو لا يسلب القاضي حقه في إعطاء المشتري مهلة لدفع الثمن ( استئناف مخطط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٥ ) .

القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الاتفاقي فإن الحكم يكون مقررًا للفسخ لا منشئًا له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتمًا على القاضي . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنع المدين أجلًا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى ، كما رأينا ، تقضى بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهدهدًا أن يضيع عليه المبيع والثمن ، فإذا لم يكن مهدهدًا بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعًا للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتمًا على القاضي كما قلنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد

---

(١) استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يحز البائع في الاستئناف الموعول من التنفيذ إلى طلب الفسخ ( استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٥ ) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطيًا مع استيفائه طلب التنفيذ طلبًا أصليًا في الاستئناف ( استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦ ) . كذلك إذا رفضت دعوى الفسخ ، قبل المشتري الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل من طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ ( استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ ) . والله له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس المشتري من المشتري فهذا يبق مصرى شراره مطلقا على فسخ البيع الأول أو بقاءه ( استئناف مخطط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ ) .

وإذا كان قد نزل عن أحد الطرفين فلا يستطيع الرجوع إليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهما لا يعتبر كما رأينا نزولاً منه عن الطلب الآخر .

وللمدين هو أيضاً ، قبل الحكم النهائي بالفسخ (١) ، أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ . وإنما يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعويض إذا كان له مقتض ، وبخاصة إذا كان البائع قد أعلنه قبل رفع الدعوى (٢) .

والقاضي أخيراً سلطة تقديرية في إجابة البائع إلى طلب الفسخ كما سبق القول . فقد يقضى بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وبوجه خاص إذا رأى البائع مهدداً أن يضع عليه المبيع والثمن ، كما إذا كان المبيع داراً تسلمها المشتري وأخذ في هدمها ، أو كان المبيع منقولاً وغشى أن يبيعه المشتري لمشتري ثان حسن النية فيملكه بالحيازة . وقد يرى القاضي ألا مبرر لفسخ البيع ، لاسيما إذا كان المشتري قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلى القليل ، أو كان المشتري في ظروف سيئة منته من دفع الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً فينبى بالتزامه (٣) . ففي مثل هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ ، ويمنح المشتري مهلة لدفع الثمن أو الباقي منه (٤) . وهذه المهلة يقدر القاضي مدتها بحسب الظروف ، وهي

---

(١) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائي ( استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٢٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٦٩ ) ، ولو بعد رفع التماس قبلت المحكمة النظر فيه لأن قبول الالتماس يبيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول فيه الالتماس ( استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٣ ) . وللمشتري الحق في تنفيذ العقد ما دام الفسخ لم يصدر به حكم ، فإذا كان المشتري قد أبدى استعاده لذلك بالجلسة الابتدائية وعرض القسط المستحق من الثمن على البائع هرقاً حقيقياً فلا يكون ثمة موجب يقتضي فسخ العقد ( استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٥ )

(٢) ويجوز للبائني المدين ولن كسب من المشتري حقاً عينياً على المبيع أن يستلوا حق المشتري فيهدفوا الثمن ليترقوا فسخ البيع ( بودوي وسينيا فقرة ٥٥٠ ) .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مردّه إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصل أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبني ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التتبية لا يؤدي إلى فسخ العقد ( مصر الكلية ٢٦ يوليو سنة ١٩٠٤ الهامة ٢٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢ ) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن إعطاء المشتري التفرغ في دفع الثمن بمبادء الوفاء بدلا من الحكم بالفسخ إعمالاً لقاعدة ٣٢٣ مدني (سابقاً) من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي =

تظرة الميسرة (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشتري يدفع ، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز إهماله مدة أخرى بل يتمتع بالحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بمجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك ، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدني وهذه تقضى بمجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجالاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري في دعوى الفسخ ، وجب على

---

== الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى يغير موقف عليه . فلا يقلل النص على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن ( نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩١ ص ٣٧٣ ) . وفي بيع سيارة تأخرت البائنة عن نقل رخصة للسيارة إلى المشتري ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهرى ( نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ ) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري ، ولما لم يدفع حتى انقضى ميعاد التأجيل قضت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم ( نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠ ) . وانظر أيضاً في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعها لتقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٢٠٣ ) .

المشتري دفع الثمن في غضون هذا الأجل ، وليس للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يفي المشتري بالثمن . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يجوز إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ (١) .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها ، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعتذار (٢) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالتزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغير ذاتية المبيع كما إذا كان غزلاً ففسخ (٣) .

ودعوى الفسخ دعوى غنطلة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار . وهي دعوى شخصية محضة إذا خرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٤) .

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهاش رقم ٣ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ الحقوق

ص ٢٠٠ .

(٣) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع المنفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار إلى التصويف للفروع لنزع الملكية ) ، وينزع ملكية العقار بواسطة دائي المشتري إذا لم يدون البائع ما يفيد رفع دعوى الفسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة لتنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل (م ٦٥٠ مرافعات) ، وتسليم البضاعة إلى غازن المشتري الفلس (م ٢٨٢ تجاري) ، وبعدم قيد البائع لامتيازته حتى يوه صدور الحكم بالفلاس المشتري (م ٢٣١ تجاري) إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ (الاستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زك فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٩) .

(٤) بودري وسينيلا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري بدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة (استئناف غنطلة ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشتري من المشتري على المشتري في التزاماته نحو البائع ، يجاز البائع رفع دعوى الفسخ على المشتري من المشتري في موطنه دون حاجة إلى إدخال المشتري الأصل في الدعوى (استئناف غنطلة ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

٤١٠ - الاستمار التي تترتب على فسخ البيع : يترتب على فسخ البيع على النحو الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « إذا فسخ العقد أعبد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انقضاءً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الاتفاقى والفسخ القانونى حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوماً فى الفسخ القضائى ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد تسلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يجبس ما قبضه حتى يسترد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٧ .

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار . قد قصت محكمة النقض بأنه وإن كان المشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيماً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يرتب عليه الحق فى ثمن المشتري ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا عمل للاحتجاج بقاعدة ثمن الثمار بالحياة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مخطط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

أن يحبس المبيع وممراته حتى يسترد الجزء الذى دفعه من الثمن (١) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس (٢) . وإذا بنى المشتري أو غرس فى العين المبيعة ، اعتبر بانياً أو غارساً بسوء نية ، لأن الفسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة فى البناء أو الغراس فى أرض الغير (٣) . وكذلك الحال فى المصروفات الضرورية والنافعة والى كالأية ، تطبق فيها القواعد المقررة فى هذا الشأن مع اعتبار المشتري سبباً لنية . وإذا هلك المبيع فى يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبي فللبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ فتكون تبعة هلاك المبيع على المشتري . أما إذا كان قد صدر حكم نهائى بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي فى يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا كان المبيع قد

(١) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٢) ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص عام فى الحبس ، ولكن القضاء كان يعطى المشتري حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما واه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب خطأ . وقد قضت محكمة لاستئناف الرطنية بأنه لم يرد فى القانون نص عن جواز حبس العين المبيعة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إلى أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى عن حق البائع فى حبس المبيع تحت يده لحين استيلائه فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز لأنياس على هذا النص وعلى نصوص أخرى فى القانون من اعتبار أى دائن ذا حق فى حبس العين الناتجة عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق للمشتري الذى فسخ البيع الصادر إليه حتى يسترد ما دفعه ، إلا أنه يشترط فى هذه الحالة وجوب توفر ركنين أساسيين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فضلاً عن الشيء الذى يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشيء المراد حبه ، أى أن يكون منشأ الدين وسببه العين التى المدين تحت يد الدائن . والثانى أن يكون سبب تلك الميزة وأساسها سلامة لنية ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناجماً عن أن الشراء قد حصل بشئ وتدلّيس فلا تكون حيازة المشتري للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناجماً عن أن الشراء قد حصل بشئ وتدلّيس فلا تكون حيازة المشتري للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية وانتهى حق الحبس ( استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المحققة ٢٣ ص ١٣٢ ) . أنظر أيضاً استئناف وطنى ٢٠ مارس سنة ١٩١٦ المحبوسة الرسمية ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠ .

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - بودري وسينيأ بقرة ٥٥٩ ص ٥٩٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ بقرة ١٦٦ .

تلف فيرده المشتري في الصورة التي آت إليها (١) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) (٢) . وللبائع إذا أُجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن القيام بالتزامه ، كأن تكون صفقة قد فانت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، ويبنى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٣) .

ويتربط على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تبعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول تفترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتري ثانٍ وسلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم ينسلم المبيع أو كان سيء النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يملك المبيع بالحيازة ، بل يردده إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا بمقتل هذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق ( انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون

(١) القويط جزء أول فقرة ٧٨ : ص ٧١٠ .

(٢) القويط جزء أول ص ٧١٠ ماضى رقم ٣ .

(٣) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة ص ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .



الشهر العقاري ) . فإذا باع المشتري العقار لمشتري ثان ، وسجل هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فإن الحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثاني ، كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، فإن الرهن في هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد في هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ ملغى بأنه « يبق قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرو بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، فيفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن الدائن المرتهن سبىء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

## ب- الفسخ الاتفاق

١١٤- اتفاق المتبايعين على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ ملغى تنص بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا ينعى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . وكان المشروع

---

(١) أنظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٩ ص ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أعمال الإدارة ، فيبقى قائماً بالرغم من فسخ البيع ( أنظر م ٥٥٩ وم ٧٠١/٢ ملغى حيث يعتبر الإيجار ثلاث سنوات من أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط القاسخ - وانظر بلانويول وريدير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ - وقارن الأستاذ أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٥٧ ) .

التي هي للتعين المدني الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص البيع ، فكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه « في بيع المقار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعذار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنع المشتري أي أجل » (١) . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) » .

## ١٢ - التبرع في الانقضاء على الفسخ : ويتدرج في العمل الشرط

الذي يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا يوف المشتري بالثمن (lex commissoria, pacte commissoire) . فأدنى مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالثمن . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ، فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة ، فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٤١٦/٢٣٤ ، وهي تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس المحكمة في هذه الحالة أن تنقض ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي » . ويتقابل في التقنين المدني الرأسي المادة ٥٨٢ ، وهي تنص على أنه « إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص في العقد أن الفسخ يقع دون إعداره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنع المشتري أي أجل » . ويتقابل في تقنين الموجبات والنفوذ البنائي المادة ٤٦٨ ، وهي تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالعقد يفسخ حتماً بمجرد عدم الدفع في الأجل المصروب » .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٩ في الهامش .

في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضناها في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

**٤١٣ - الانقاس على أنه يكون البيع مفسوما :** يغلب أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا في ألفاظ صريحة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يفي هذا الشرط عن إعدار البائع للمشتري ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ؛ ولا يسلب القاضي ساقطة التدبيرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ ، بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تهمد المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم التوارد في المادة ١١١ من المشروع التمهيدى التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت منصوبة على بيع العقار ، ينطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأنه هو الذي يرد بشأنه في الغالب هذه الاتفاقات المتدبرية ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدني وسأتى بيانها . فإذا خرجنا عن نطاق هذه الحالة التي عرضتها المادة ٤٨١ مدني في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الاتفاقات وتدرجها ( بودري وسينيا فقرة ٥٥٤ ) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٢ - فقرة ٤٨٥ .

(٣) استئناف مخطوط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن النص في العقد على أنه في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقاً مكتسباً للبائع المذكور ، ذلك ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ القسري المقرر بحكم القانون في العقود للجائنين ( نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النص ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٢ ) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً للفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً تحققه بنير حاجة إل تنبيه أو إنذار . أما الشرط القسري الفاسخ *pacte commissoire tacite* فلا يلزم القاضي به ، بل هو يجمع =

على أنه قد يتضح من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحل الفسخ  
البيع ، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء ، ولكن لا يملك  
القاضي في هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم  
بفسخ البيع وحكمه يكون منشأً لا كاشفاً .

#### ٤١٤ - القضاء على أنه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه

أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دونه حاجة إلى حكم : الشرط على هذا النحو لا يفي  
من الإعذار . فإذا لم يعلم البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ،  
جاز للمشتري أن يتوق الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطأ  
في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار ، وفسر الشرط في الغالب على أنه  
يلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ،  
ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولا تماوض بين الإعذار الواجب وطلب  
الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون زولاً منه عن المطالبة  
بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة

== لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى  
عليه بطلب الفسخ . فإذا نص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على البين المبيعة دعوى مسجلة بخلاف  
ما ذكر بالمقد ، فإن البائع يلتزم بتعويض قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد  
إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما قرره فقهاء القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد  
المتقابل الالتزام بما ألزم به يسمح للطرف الآخر بطلب فسخ العقد ، فهو شرط نسبي فاسخ  
للقاضي أن يدره إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوصياتها أنه لا يبرر له . وفي أثبت  
القاضي في حكمه الاجابات المقبولة التي استند إليها في ذلك ، فلا تثير عليه ( نقض مدني  
٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦ ) . أنظر أيضاً : نقض مدني  
٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥  
رقم ٦٨ ص ١٥٥ - أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨ -  
٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ - ١٣ ديسمبر  
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ - استئناف مصر ١٢ فبراير  
سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ ص ٢٩٧ .

(٢) المذكورة الإيضاحية للشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤ -

النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع مع تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداده ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بانذاره أى تكليفه بالوفاء فإذا لم يدفع ثمن البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذا فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا أعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثبت إذن أن هذا الشرط لا يعنى من الإعذار (٢) . وهو أيضاً لا يعنى من رفع الدعوى بالفسخ إذا نازع المشتري في أعمال الشرط . ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلاً من المطالبة بفسخ البيع ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا قصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً مع تلقاء نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأً لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأً .

(١) نفى مفتى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ١٨٨ - بل إن هذا الإعذار لا يعمد أن يكون تسجيلاً لتأخر المشتري في دفع الثمن وإظهاراً لاعتبار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يعده البائع في هذا الإعذار أجلاً لفداء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الإنذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيسقط الفسخ (بودرى وسيتيا فقرة ٥٥٢) . وفي العمل يعده البائع للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن فقد أصبح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسيتيا فقرة ٥٥٢ ص ٥٨٤ - بلانويل وويبير وحامل ١٠ فقرة ١٦٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

(٢) استئناف مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ ص ٤٣ م ١٨٩ .

(٣ م - الوسيط ج ٤)

ولا يوجد فرق على بين الحالتين ، ف سواء كان الحكم منشأً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعي ويعتبر البيع كأن لم يكن .

#### ٤١٥ - الاتفاق على أنه بكونه البيع مفسوماً من تلقاء نفسه

دوره هامة الى حكم أنه اهزام . و مفسوماً تلقاء نفسه دوره هامة

الى اهزام : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة (١) .  
فاذا لم يف المشتري بالتثنى في الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار (٢) . فاذا نازع المشتري في إعمال الشرط ، لم يجد البائع بدا من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري في هذه الحالة أن يتضادى الحكم بالفسخ بدفع التثنى (٣) ، ولا يملك القاضى أن يمنح المشتري أجلاً لدفع التثنى ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة تدل على المعنى تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرف عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوقى المشتري التثنى في الميعاد المنقضى عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد قسح مدلول نص العقد ، لأن مبارته تحتل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ١٨٨) .

(٢) استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٢٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٥٠ - بل ويجوز طرد المشتري من العين المبيعة أو زعمها منها بحكم من قاضى الأمور المستتبعة (استئناف وطنى ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ المحقوق ٢١ ص ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المسألة ٤ رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ - استئناف مخطوط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٧) .

(٣) استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المسألة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - بل يكفى أن يدفع البائع في دعوى مرفوعة بفسخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان =

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نص المادة ١٥٨ منى المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله (١) .

ويلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، وإلا كان تحت رحمة المشتري إذا شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري

---

== الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تقييد رضى أو غير رضى ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز المحكمة أن تقر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومن وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد ، فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يبيد العقد بعد انقضاءه ( نفس مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٥ ص ١٥٧ ) .

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختصة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصروف من صرف الشيك المحوّل إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إنذار . فامتنع المصروف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن امتنع ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً ( استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤ ) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مه الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتصلك به بعد أن تم التجديد ( استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١ ) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين من الميعاد ، ثم تسلك فجأة بمحقة في الفسخ عند ما تأخر المدين من ميعاد دفع قسط ، فإن تساهله السابق يجعل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً ( استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٥٤ ص ٢١١ ) . أنظر الوسيط جزء أول ص ١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

بأن العقد قد أصبح مفسوخاً (١) ، ولا يقبل من المشتري التمسك بفسخ البيع إذا كان البائع لم يتمسك بالفسخ (٢) .

### ٤١٦ - حكم خاص ببيع المنقول - نص قانوني : وقد ورد في هذا

المصدر نص في بيع المنقول يورث حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦٦ مع التفتين المبني على أنه « في بيع المروص وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعداز إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » (٣) .

(١) عل أنه إذا كان الوفاء بالبائع في موطن البائع ، وجب على البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إنذار المشتري فيعود إلى الإعداز الذي كان قد أمضى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه (بودري وسهنا فقرة ٥٠٣ - بلانيرول ، وبيريه وهامل ١٠ ص ١٩٠ حاشي ٣) .

(٢) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره عن دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان المشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ، رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) ، ففي هذه القضية دفع المشتري عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط القاسخ للاتفاق ، وهو في أصل مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانقضاء القانوني . فهو أصل من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة كصدوره يكون مقررراً للفسخ لا منشأً بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضي إبطاء مهلة المشتري لدفع الثمن . وهو أدنى من الانقضاء بحكم القانون في أن البيع لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانقضاء القانوني فالعقد يفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا حلك المبيع في يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ ص ٢٢٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي ،

« في بيع المروص وغيرها من المنقولات ، إذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع منه امضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يرض الثمن ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعداز ، وذلك لمصلحة البائع ، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع =



وبمخلص مع هذا النص أن في بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة الشرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة، أى بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار. وهذا الاتفاق هو الذى يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسلم المبيع. ففرض القانون في هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع في مقابل قبض الثمن، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك. ولما كانت المنقولات سريعة التداول، ولا تتحمل ماتحملها العقارات، من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وسلاماً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها في ميعاد محدود يقبض ثمنها، وإلا فهو في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ينطوى على هذا الشرط الفاسخ الذى مجموعه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا جاء ميعاد

== على أجل أطول للوفاء بالثمن. وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ولكن لجنة المراجعة عدلته، فاستعاضت عن عبارة «إذا لم يتقدم المشتري للثمن» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع للثمن»، وقد رأت اللجنة في ذلك أن تحتل مقال النص الوارد في التقنين السابق وأن تجعل الحكم أوضح، وصارت المادة رقمها ٤٦١. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التشريعية) ٤ ص ١٥٠ و ١٥٥ ص ١٥٧).

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٤١٨/٣٣٥، وهى تنص على ما يأتى :  
« وفي بيع الهياكل الأمنة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع، يكون البيع مفسوخاً حتى إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج لتفنيه. » (والحكم ينفق مع حكم التقنين الجديد).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : تقنين المدنى السوري م ٤٧٩ (مطابقة المادة ٤٦١ مصرى).

التقنين المدنى الليبى م ٤٥٠ (مطابقة المادة ٤٦١ مصرى).

التقنين المدنى العراقى : لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن لنقص استثنائى.

تقنين الموجبات والمقود البنائى : لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن لنقص استثنائى.

تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل للإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يتم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . على أن انفساخ البيع على هذا الوجه لا يكون إلا باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٤) .

---

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسي ( ١٦٥٧ ) فيجعل لفسخ جزاء حل عدم تقدم المشتري لتسلم المبيع ، أي جزاء حل التزام المشتري بتسلم المبيع لا التزام بدفع الثمن ( بودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣ ) . وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المصري الجديد يجعل لفسخ جزاء حل كل من الالتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم المبيع ( انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش ) .

(٢) استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٩٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٦١ مدني أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداده لتسليمه ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠٩ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٣١ ) . وإذا ثبت أن البائع هو الذي تأخر في تسليم المبيع ، فللمشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعدار وحكم بالفسخ يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً لقواعد العامة ( استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥ ) .

(٣) والبائع فوق ذلك أن يطالب المشتري بتعويض : ينص ص ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٥١٨ - أسبوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقره المشتري حل ما اختاره ، لم يهد يستطيع الرجوع فيما اختار ( استئناف مخطط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٣ ) .

ويلاحظ أن الحكم المتقدم الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون المبيع منقولاً سلمة أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (١) ، وأن يكون المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع العقار . كذلك لا يسرى في بيع المنقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال والمبيع واجب التسليم فوراً (٢) . ولا يسرى في بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسليم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٣) أن الثمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦٦ مدني (٤) .

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قلعنا بياتها ، تسرى القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بعميزات هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذي بسلطانه فيما تقدم .

(١) ولكن لا يجوز أن يكون منقولاً معنوياً لمجموع من المال أو متبر (الإمضاء أنور سلطان فترة ٢٩٩ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩) .

(٢) استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ الحامدة ٢ رقم ١٧ ص ٤٢ - استئناف مخطوط ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٣ .

(٣) انظر آنفاً فترة ٣٩٦ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض في عهد التفتيش المدني السابق بأن المادة ٣٣٥ مدني (٤٦٦ مدني جديد) جاءت استثناء من القاعدة العامة القضاية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمي ، فلا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تحديد أجل لدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري ، فنق هذه الصورة لا يمتنع البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة محر ٤ رقم ٩٢ ص ٢٤٧) .

٤١٧- الاتفاق الذى تترتب على الفسخ. الاتفاقى - اهال : وترتب على الفسخ الاتفاق نفس الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

## المبحث الثانى

### تحمل مصروفات البيع

٤١٨ - النصصرى القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم و الدفعة و التسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .  
ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣ (٣) .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الفيود تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٥٨ - ص ١٥٩) .

(٣) تقنين المدنى السابق م ٣٠٩/٢٤٣ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري .  
وانظر أيضاً م ٣٠٦/٢٨٤ .  
(والأحكام متفقة فى التقنينين الجديد والقديم) .

وبقابل في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٤٣٠ ج  
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥  
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٣ (١).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشيء منها  
لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يحمل  
البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخالف  
كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري  
مناصفة (٢).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو ببعضها ، فإلم يوجد

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٠ (مطابقة المادة ٤٦٢  
مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٣) .  
التقنين المدني الليبي م ٤٥١ (مطابقة المادة ٤٦٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٣ : نفقات عقد البيع ورسم التسجيل وغيرها من الرسوم  
وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يتطعها البيع تكون على  
المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

م ٥٨٤ : الأشياء المبيعة جزئاً مؤزنتها ومصروفاتها على المشتري ، ولو بيعت ثمرة كرم  
جزئاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك .  
م ٥٨٥ : ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإرساله إلى بيت المشتري جارية على حسب  
الاتفاق والعرف .

( وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣٠ - الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٥٧٤ -  
فقرة ٥٧٧ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٣ : إن مصاريف أخذ المبيع واستلامه (كالضرب  
والنقل والحقن) ومصاريف أداء الثمن وللقطع والتسجيل ونفقة الصكوك التي ينفقها كاتب القفل  
والطابع ما يلزم لصك الشراء ، كل ذلك يدفعه المشتري ، ما لم يكن لصك لمو حرفة مخالف .  
وتشمل مصاريف الاستلام رسوم الروود ( الترانزيت ) والمسئولية والجركة التي تتوخى في نقل  
نقل المبيع وعند وصوله .

( أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع المتهدي في مجموعة الأعمال التشريعية ، ص ١٤٨ .

اتفاق أو عرف مخالف يكون له الرجوع بما أنفق على المشتري لأنه هو الذي يتحمل مصروفات البيع<sup>(١)</sup> كما سبق القول . فلتعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفق<sup>(٢)</sup>.

#### ٤١٩ - المشتري قام بمصروفات البيع : وتشمل هذه المصروفات

عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب في ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم « اللقمة » إن كانت هناك رسوم ، أو في ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية . ويدخل في المصروفات أيضاً أتعاب المحامي الذي قام بإعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المبيع في جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل في ذلك توقيع البائع نفسه<sup>(٣)</sup>. وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهي عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣٠٪ من الثمن ثم

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذي يتحمل مصروفات البيع في النهاية ، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات في اعتباره عند تقديره ثمن المبيع ، فيدخل في الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشتري يذهب الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذي يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذي فاتته هذه الفرصة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه ( بلانويل وريبير وحامل ١٠ فقرة ١٩ ) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فبما يتعلق بمصروفات العقد فبموجب الرابطة القانونية بينهما وبينه ، فأتعاب المحامي مثلاً يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاه معاً وفقاً للمادة ٧١٢ من القانوني تحمل الموكنين المتصددين مسئولين بالتضامن نحو الموكيل ( الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١ ) وإذا رجع المحامي على البائع بكل أتعابه رجع البائع بها كلها على المشتري ، أما إذا رجع المحامي على المشتري لم يرجع هذا شيء على البائع ( الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٥٠ ص ٤٢٥ ) .

(٣) أنظر في حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذان أحمد نجيب الحلبي وحامد زكي فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وحامش رقم ٤ ، وفي أن مصروفات إثبات البائع للملكية للبيع كمصروفات لإعلام الرواية تكون عليه لا على المشتري المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢ . وإذا كان البائع في مكان يهمل وتكلفت نفقات في الحضور لتوقيع والتصديق على توقيعه ، فهذه النفقات يتحملها هو ، لأنه ملزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وتلقي القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم .

أرفعت إلى ٥ ٪. ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧ ٪/ (١). وإذا ثقل العقار المبيع امتياز  
البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك  
مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها  
المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ،  
فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لاهل  
المشتري إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف  
قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف  
أيضاً على أن يأخذ السمسار ١/٢ ٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري  
إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من  
السمسرة مباشرة إلى السمسار (٢) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحملة المشتري ، وهو الذي  
يقوم به عادة كما سيأتي القول ، فلا يرجع بشيء منه على البائع ، إلا إذا وجد  
اتفاق أو عرف مخالف (٣) .

(١) وإذا علم المشتري أن العقار الذي باعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث  
فعل المشتري دفع رسم الأيلولة لنقل التكليف من المورث إلى الوارث ، لأن علم المشتري بعدم  
دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراطه شيئاً في خصوص ذلك يفيد رضاه الضمني بتحملها  
( استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١  
ص ١١٨ ) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحملة الورثة البائعون لا المشتري ، فلذا دفعه  
المشتري مظهرأ رجح به عل الوارث ( استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ -  
١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠ ) .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١١ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢  
ص ٥٤٧ .

(٣) وإذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة إن المشتري قد اشترى  
وعقده في يده ( contrat en main ) ، أي أنه يحصل على المقعد دون أن يدفع شيئاً غير الثمن  
( بودري وسينيا فقرة ١٩١ ) .

وإذا أخذ المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على المبيع ، وجب عليه دفعها ولو صغر  
فالمون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل ( استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨  
ص ٣٠٨ ) . وإذا تمهد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع للحكومة ، ثم نزلت  
الحكومة البائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشتري دفعها البائع لأنها تعتبر جزءاً من  
الثمن ( استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٢ ) .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لاعلى المشتري (١)، لأن الرهن الذى يطهره المشتري أت من جهة البائع، وهذا مالم يوجد اتفاق مخالف . وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات البيع يكون هو الذى تسبب فيها بخطأه ، كما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر ، وكما إذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التمويض (٢) .

٤٢٠ - البائع قاسم بمصروفات البيع أو ببعضها : وقد يقع كما قدمتا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها . مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيلضع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية . ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب المحامى أو كل السممة أو مصروفات قيد امتياز على العقار المبيع أو نحو ذلك . ففى هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات ، مالم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

وللبائع ، فى رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع ، كل الضمانات التى له فى الرجوع عليه بالثمن . فيستطيع أن يحبس المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري . وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات . والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها ، على أساس أنه وكيل عن المشتري فى دفع هذه المصروفات ، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق ( م ٧١٠ مدنى ) (١) .

(١) جوار ١ فقرة ١٩٧ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هاش ٢ - بودرى وسينيا فقرة ١٩٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٣٩ ص ٦٢٤ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣ .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩ - ولو اعتبر البائع فسخاً فى دفع مصروفات البيع ، فإن له أيضاً الحق فى اقتضاء الفوائد القانونية عنها من يوم دفعها : أنظر المادة ١٩٥ مدنى .



## المبحث الثالث

### تسليم المبيع

٤٢١ - النص صريحاً القانوني : تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا لم يبين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

« نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

#### (١) تاريخ النص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
١٥ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المعطى عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يتسلم فيه البائع . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تعهد المصطفى المطلوب كائناً ، وحووت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المقتضى الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فيجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ ( مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٦٠ - ص ١٦١ ) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :  
١٥ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقيد أو اتفاق يقضي بغير ذلك .  
٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي يتخذ فيه العقد . ويستجيب البائع له متى أن يتسلم نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر . وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البائع =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥٦/٢٨٤ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٢ - ٤٥٣ - وفي  
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ - ٥٨٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود  
البنياني المادة ٤٧٢ (٢).

== راضياً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند  
الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع . وفي لجنة المراجعة  
سُحِلَت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين  
المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المذروع التالي . ووافق عليه مجلس النواب ، مجلس  
الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ ( مجموعة الأعمال التفسيرية ص ١٦٢ - ص ١٦٣ ) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٦/٢٨٤ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الدين تكون  
على المشتري ، وكذلك رسوم مقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك  
في جميع الأحوال .

(و) والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ ( مطابقان  
المادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصري - وانظر القسانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤١ وفترة ٢٤٤ .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٢ - ٤٥٣ ( مطابقان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصري ) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ : ١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين  
في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً لشرط المتفق عليه . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق  
أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن  
يسلمه له البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه التقفل من زمن .

م ٥٨٧ : تنقلت تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقتضي بغير ذلك .  
( وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي  
الأستاذ حسن المازن فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ -  
فترة ٥٨٦ ) .

تقنين الموجبات والعقود البنياني م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان  
والزمان المبينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص مخالف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع  
بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون  
أن يعرض دفع الدين في الوقت نفسه ، وكان البيع نقداً ، تطبق القواعد المتعلقة بتأخر الدين .  
وإذا كان من أتراب تسليم الأتية المهلة دلت على عارية ، فالصالح من استلام المهلة الأولى =

ولبحث في تسليم المبيع: (١) كيف يكون التسليم . (٢) زمان التسليم ومكانه .  
(٣) ثغرات التسليم . (٤) الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم .

٤٢٢ - كيف يكون تسليم المشتري للمبيع : التسليم في أغلب صورته هو العملية المتممة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينضع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلاً المبيع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع إلى المشتري ويسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلاً ، فيكون البائع قد قام بالتزامه مع تسليم المبيع ، ولم يتم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع (٢).

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلاً . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم المبيع في حالة ما إذا كان التسليم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسليم المبيع ليسلمه وليقبله من مكانه (٣) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخجل بذلك المكان الذي كان شاغلاً له عند البائع ، كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة إعذاره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

---

= ينتج المخاضل التي ينتجها عدم استلام المبرور - ذلك كله ما لم يكن اتفاق مخالف بين الطرفين .

أنظر أيضاً المادة ١١٣ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ١٨ في الحاشية .

( وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الحاشية .

(٣) ببيان ١١ فقرة ٢٧٤ .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعة المبيع . وتسلم العقار يكون بمجازته بعد أن غلبه البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بمجازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزان أو الصندوق أو أى مكان آخر محتوي على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسلم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله لتحق فعلاً . والتسليم الحكي مع جانب البائع يتضمن تسليماً حكياً من جانب المشتري ، فالمشتري الذي يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستبقه في حيازته كشر يكون قد تسلم المبيع تسليماً حكياً ، وترك المشتري المبيع قبائح يجوز سبب آخر كالبيع أو رهن أو ودیعة بعد تسليماً حكياً من المشتري للمبيع ، وإذا أجزر المشتري المبيع، وقبضه المستأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكياً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل عند الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

٤٣٣ - زمان تسليم المبيع ومكانه : زمان تسل المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم عقبه التسلم دون إعطاء إلا ما يقتضيه التسلم من زمن . فعند ما يسل البائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

على أنه قد يتراخى تسليم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الانفاق أو العرف زماناً للتسلم على الزمان الذي يتم فيه التسليم ، كأن

(١) أنظر آتفاً بقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر آتفاً بقرة ٣٠٨ - بقرة ٣١١ .

يكون المبيع منقولاً مودعاً في مكان معين فيتفق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإيداعها في جهة معينة يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أى وقت شاء على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت إيداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسليم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم (١) ».

٤٢٤ - نفقات تسليم المشتري للمبيع : قدمنا أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والمد إذا كان المبيع يفرز باحدى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) . أما نفقات تسليم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدنى ، وهى ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن والتي تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (٣ م ٣٤٨ مدنى) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسليم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسليم إلى المكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٣١٢ .

(٣ م ٥١٢ - الوسيط ج ٤ )

اللى يريد المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر - كشجر المانجو والمواخ والموز ونحوها - ويبيع على هذه الحالة ، فمصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كل محصول يبيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسليم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسلم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجبي على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترانزيت » أثناء العبور والرسوم التي تجبي عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسليم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسليم هو محطة التصدير .

وهذا كله مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، فيتحملها ولو كان التسليم في مكان التفريغ . وقد يفتق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجبي في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسليم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجبي على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذي يتحملها هو المشتري لأنه هو الذي يستهلكها ، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على غيره (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :  
« أما ما يقتضيه التسليم من نفقات - في النقل والشحن وغير ذلك - فهو

---

(١) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، وهي الفقرة التي حلفت في لجنة المراجعة ، آنفاً فقرة ٢١ في الماشى .

على المشتري ، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم ( إقرأ المكان الذى يريده المشتري فان مكان التسليم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول ) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها في الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الاستهلاك التي قد تجبى عند تسليم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها (١) .

#### ٤٢٥ — الجزاء على افعال المشتري بالتزام تسليم المبيع : فإذا أخل

المشتري بالتزامه من تسليم المبيع ، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسليم ، أو كان في موطنه هو فأقضى له البائع بالمبيع فرفض تسلمه ، أو تخلف المشتري عن تسليم المبيع في الميعاد المحدد للتسليم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسليم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة لتنفيذ العيني (٢) . ويسبق ذلك كله إعذار البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسليم المبيع . كذلك يجوز للبائع ، بعد إعذار المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . وينبغى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ - ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكون البائع يتسلم المبيع إلى المشتري ، أى يرضه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطلب المشتري بعد ذلك تسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشتري بالتمن ، سواء تسلّم المشتري المبيع أو لم يتسلمه .

للقاضي سلطته التقديرية ، فإذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقررة في الفسخ القضائي . وقد يوضع في البيع شرط فاسخ انفاقي ، فيتبع في شأنه جميع القواعد التي سبق ذكرها في شأن الفسخ الاتفاقي عند عدم دفع الثمن (١) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله في الحالتين أن يطلب تمويصاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذي بقي مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (٢) .

---

(١) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف من تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف من تسليم كل المبيع ( أنظر م ٤٧٢ لبناني أنفاً فقرة ٤٢١ في الحاشية ) ، ولكن التخلف من تسليم الدفعات الأخيرة لا يحس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى ( أوبري ورو . فقرة ٣٥٦ ص ٩٩ - أوبري وسبينا فقرة ٥٩٩ ) .

وإذا أمدد المشتري البائع يطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يمتنع على المشتري بعدم تسلمه المبيع ، أن يمدد هو أيضاً بالتسليم حتى يثبت عليه التأخر في تنفيذ هذا الالتزام ( استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٧ ) .

ومن اشترى طيناً لسياد ملزم بتسليمه من القربة التي يوجد فيها ، وليس له أن يهيكه ليأخذ منه بقدر حاجته لتسليم أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين في مكان معين على قبة المشتري ( استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٣ ) .

(٢) أنظر في كل ذلك بودري وسبينا فقرة ٥٩٤ - بلاتيرول وروبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٤ .



# الكتاب الثاني

عقد المقايضة



## نظرة عامة

### في عقد المقايضة

٤٢٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون ممدلاً » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦ - ٣٥٧ من التقنين المدني الوطني (٢) .

#### (١) تاريخ النصوص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التجهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فرمى هذا عبارة « على سبيل التبادل » فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع التمهيلي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٢٢٢ ) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التجهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع التمهيلي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ ( مجموعة الأعمال التصحيحية ٤ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥ ) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦ : الماوضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين المتساويين بأن يعطي للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه .

م ٣٥٧ : تحصل الماوضة بمجرد رضا المتعاقدين بها بالكيفية المقررة في البيع .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري  
المادتين ٤٥٠ - ٤٥١ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٧١ - ٤٧٢ -  
وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٩٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني  
المواد ٤٩٩ - ٥٠١ (١).

**٤٢٧ - تمييز عقد المقايضة عن عقد البيع :** ويظهر من النصوص المتقدم  
ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ  
من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما  
مبلغاً من النقود . ففي البيع يوجد مبيع وثمن ، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن

== وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع النهائي بشأن المقايضة في التقنين المدني السابق :  
« لم يرد شيء من عقد المقايضة في التقنين المختلط . أما التقنين الأهل فقد أورد في شأنه خمسة  
نصوص ( ٣٥٦ م - ٣٦٠ ) اقتصر كل تطبيق للقواعد العامة ، فيما عدا نصاً واحداً  
( ٣٥٩ م ) شأن من هذه القواعد شفوياً لا مبرور له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد  
نصوصاً تعرض لميزات خاصة في عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام  
البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٢ .  
وانظر أيضاً ص ٢٢٨ ) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٥٠ - ٤٥١ (مطابقان  
للمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري . وانظر في القسائون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا  
فقرة ٣١٠ - فقرة ٣١٥ ) .

التقنين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابقان للمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري ) .  
التقنين المدني العراقي م ٥٩٩ (مطابقة المادة ٤٨٣ مصري - وانظر في القانون المدني  
العراقي الأستاذ حسن للفنون فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف  
فقرة ٦٢٦ - فقرة ٦٤١ ) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩ : للمقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي  
شيئاً للحصول على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات  
أو حقوقاً معينة على عقارات ، فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ وأحكام القوانين العقارية المعمول بها .  
م ٥٠١ : إذا حدثت المقايضة على أشياء تنقلوت فيجبها ، فلهما التدين أن يؤديا الفرق  
من النقود أو من أشياء أخرى .

( وأحكام التقنين اللبناني تنطبق مع أحكام التقنين المصري ) .

ولكن يوجد مبيع ومبيع إذ الشئان المتقايض فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع (١).

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كبادلة دار بأرض أو سيارة بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك . بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر ، كبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي (٢).

ولكن لابد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما إذا أعطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمتنع عن عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولابد أن تكون المقايضة كما قلنا مبادلة حق غير نقدي ، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلا (soulte) ، فيها إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقاً للمادة ٤٨٣ منى المتقدم ذكرها ، تمويش الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا . فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار الثمن وقيمة الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتقايضين ، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل داره الأرض ومعهما معدل من النقود مقداره خمسمائة ، ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة . وقد اختلفت الآراء ، في هذا الصدد ، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع . فذهب رأى إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين ، فإن أرادا المقدريين

(١) أنظر المادة ٩٧ عراق وتنص على ما يأتي : ١ - لكل من اليمينين في بيع المقايضة حكم البيع ، فتعتبر فيهما شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين ممأ . ٢ - ويعتبر كل من المتقايضين باتماً للشئ الذى قايض به ومشترياً للشئ الذى قايض عليه .

(٢) أبريل ورو ٥ فترة ٣٦٠ هاش ١ - بودرى وسينيا فترة ٩٧٢ - هلايول وريير وهامل ١٠ فترة ٣٩٣ .

فهو بيع وإلا فهو مقايضة . وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذى قرن به لتكثير قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، إلى أن العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذى قرن به لتكثير قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل السالف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فيودلت الدار بالأرض ومعها ألف وخمسمائة ، كان العقد بيعاً لا مقايضة (١) .

**٤٢٨ -** - نطيس أمطام البيع على المقايضة بالقدر الذى نسمح به طبيعتها - نصى قانونى - وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ماأتى :  
« تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قايض به ، ومشترياً للشيء الذى قايض عليه . » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هل أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الثالب ، وإلا انزلت المقايضة بيعاً » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ ) وانظر آنفاً فترة ١١ - وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ - بودرى وسينيا فترة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وفترة ٤٠٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٢٦١٨ - جوسران ٢ فترة ١١٧٤ .  
ومبادلة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة ( بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ ص ٨٠٧ هامش ١ - جوسران ٢ فترة ١١٧٠ ) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى . وقد يكون أحد البديلين أو كلاهما مجموعاً من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر يملكه إياه الوارث الآخر ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٩٣ ص ٥٠٦ ) .  
والأصل فى المعدل أن يكون نقوداً ، وقد يكون غير نقود ( بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٤٠٣ - م ٥٠٦ لبتانى آنفاً فترة ٤٢٦ فى الهامش ) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤٠ ) .

ويقال النص فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٦٠ : تتبع فى المعارضة التواءة المختصة بمشارطة البيع .

وخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع ،  
فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به ، ومشترياً للشيء  
الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه . غير أن طبيعة المقايضة -  
وترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وتمثل بل مبيع ومبيع كما قدمنا - قد تقضى  
بعض مفارقات عن أحكام البيع . فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات ،  
وما بينهما من مفارقات .

## ١٥ - موافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ - الأثر له الآثار - تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم  
الذكر بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التي ترتب عليها .

٤٣٠ - أثر له المقايضة - المقايضة كالبيع عقد رضائي ، يتم بتوافق  
الإيجاب والقبول (١) . ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقاً للقواعد  
العامّة في الإثبات بقيمة أحد الشئتين المتقايبض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان  
في القيمة ، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشيء محل هذا الالتزام . وأركان  
المقايضة التراضي والمحل والسبب .

---

= ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٢ (مطابقة لقاعدة  
٨٥٠ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ٧٤ (مطابقة لقاعدة ٨٥٠ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٧ : ١ - لكل من البديلين في المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما  
شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم ، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايبضين ممّا .  
٢ - ويعتبر كل من المتقايبضين بائعاً للشيء الذي قايض به ، ومشترياً للشيء الذي قايض عليه .  
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والقعود اللبناني م ٥٠٣ : تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به مائة هذا  
النقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بضمان الاستحقاق وبالهيوب الخفية وببطلان التماطل على ملك الغير .  
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وكانت المقايضة في القانون الروماني عقداً غير مسمى يتم بتسليم أحد الشئتين .

ويشترط في التراضي أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها. على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع، وتسرى على الوعد بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (١). ولا يكتفى وجود التراضي، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً. والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع. وحلود ولاية الولي الرضى والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع، ويدخل في ذلك تعاقد الشخص مع نفسه. ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً من عيوب الرضاء: الغلط والتدليس (٢) والإكراه والاستغلال. وخيار الرؤية في المقايضة، كخيار الرؤية في البيع، ينتهى إلى وجوب تعيين الشيء المتقايس عليه وعلم المتقايس. وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع، فتجوز مثلاً المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق، وتسرى نفس الأحكام التي تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق.

والركن الثانى للمقايضة هو الشئان المتقايس فهما. ويشترط في كل منهما ما يشترط في المبيع، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قلنا. فيجب أن يكون الشيء المتقايس فيه موجوداً، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال القضاء ولا المحامى بالمقايضة مع موكله على النحو الذى رأيناه في البيع (٣). ويجب أن يكون الشيء المتقايس فيه معيناً معيناً كافياً، ونجوز المقايضة في شيء جزاف وفي شيء بعين بالتقدير كيلاً أو مقياساً أو وزناً أو عدداً، فتجوز مقايضة عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الليرة مثلاً. ويجوز تعيين الشيء المتقايس فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع، ويصح أن يكون الشيء

(١) يوردى وسينيا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استمالة ود الألمان المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها من يد المتبادل الذى يتسلط بطلان المبادأة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان، أما إذا كانت الاستمالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان بنفسه دليلاً على إجازة المتبادل للعقد المشوب بالتدليس فتستلزم لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مبنى ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ١/٦١٨ ص ١٢١٣).

(٣) انظر آنفاً فقرة ١١٣.



المقايضة فيه حصّة شائعة كما يصبح ذلك في المبيع . ويجب أن يكون الشيء المقايضة فيه صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً . ويجب خيراً أن يكون الشيء المقايضة فيه مملوكاً للمقايضة ، والمقايضة بملك الغير تبطل ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المقايضة الآخر . كذلك المقايضة في مرض الموت ، كالبيع في مرض الموت ، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية . وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله . والركن الثالث في المقايضة هو السبب ، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

### ٤٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على

المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري . فيلتزم كل من المقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر ، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المقايض فيه من مالكة إلى المقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المقول المعين بالذات ، وبالإفراز فيها عين بنوعه ، وبالتسجيل في العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع ، وتسرى نفس القواعد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أعيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأعيان بالبائع لأحد أولاده بمقتضى بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر ، فقضى برفض دعواه ابتاعاً لما هو مقرر في النسخة الفرنسية في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ وصبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠) .

ونقضت محكمة الاستئناف المخطئة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما في البيع (استئناف مخطئ ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١١٠) . =

الملكية في البيع . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم القصير (١) وفي تملك المنقول بالحيازة .

ويلتزم كل متقايط بتسليم الشيء الذي قايط به إلى المتقايط الآخر في الحالة التي كان عليها وقت المقايضة . وحكم العجز والزيادة في مقدار الشيء المتقايط فيه هو نفس حكم العجز والزيادة في مقدار البيع (٢) . والطريقة التي يتم بها التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام (٣) ، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التي تسرى على الالتزام بالتسليم في البيع . ويتحمل كل متقايط تبعة هلاك الشيء الذي قايط به إذا وقع الهلاك قبل التسليم ، بالتفصيلات التي قررناها في البيع .

ويلتزم كل متقايط بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قايط به على النحو الذي رأيناه في البيع (٤) . ولكل منهما حبس الشيء الذي قايط به

---

وقضت أيضاً بأنه لا يمتنع بالمقايضة بعد تسجيل تلبية نزع الملكية كما لا يمتنع بأى تصرف آخر (استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فإذا كانت المقايضة يمدل حل المتقايط محل الدائن المرتين الذي دفع له المدل (نفس الحكم السابق) .

(١) استئناف مخطط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ دجبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٩٥ .

(٢) بودرى وسينيلا فقرة ٩٨٠ - بلانير وويبر وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يسلم المتقايط ما قايط به إلى المتقايط الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٢٩ - ومع ذلك قانون استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص ١٨٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايطين بما قايط به فلائح الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل النفعة التي حصلت للمتقايط المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن نية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة ١١ رقم ٥٣١ ص ١٠٤٨) . وانظر في استحقاق التعويض للأخر في تسليم الأرض المتقايط عليها بعد الإعدام (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة محر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٤) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة محر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة محر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٢٧ - استئناف وطني ١٥ دجبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع حل فسخ المقايضة =

## أو فسخ المقايضة إذا استحق الشيء الذي قابض عليه أو ظهر فيه عيب بوجوب الضمان (١) .

== أنظر : استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤١٢ : ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨ ص ٢٨ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصين فى هذا الصدد هما :  
 تنص على أنه « إذا تسلّم أحد المتقايضين الشيء الذى قابض عليه ، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشيء ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشيء الذى قابض به ، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه » . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « إذا استحق الشيء المقايض عليه فى عقد المقايض ، أو رد بعيب ، جاز للمتقاض أن يسترد الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المقايضة خالياً من العيب ، وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٧ فى الهامش ) .  
 وتنص المادة ٩٩٨ من التقنين المدنى العرفى على أنه « إذا استحق الشيء الذى تسلمه المقايض أو رد بعيب ، جاز لهذا المقايض إما أن يسترد الشيء الذى قابض به ، وإما أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو قيمته وقت المقايضة خالياً من العيب . وله فى الحالتين أن يطالب بتعويض ، إذا كان هناك وجه لذلك » .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق تنص على أنه « إذا كان أحد المتعاضدين استلم الموضع قبل تسليم الموضع الآخر ، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمعاقد معه ، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تمهد بإعطائه بدل ما أخذه ، وإنما يجبر على رد ما استلمه فقط » . ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة ، فنصت بأنه « إذا كان أحد المتعاضدين استلم موضعاً ما أعطاه ، ثم ظهر أنه ليس ملك للمعاقد وانتمت ماله الحقيقى ، فيكون التسليم المذكور غيراً بين طلب تضمينات وبين طلب رد حين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاضد معه إذا كان حراً إلا إذا مضت فى هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المعاوضة » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الصدد : « ولما حكم غير متقهرم ، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك المقار بالتقادم القصير . على أن هذا التحليل لا يصح فى كل الأحوال ، فقد يكون الأجنبى مبيعاً ، وقد تكون مدة حيازته المقار أقل من خمس سنوات ويكون لتسليم ذلك ألا تنتقل إليه حيازة المقار إلا بعد عقد المقايضة كما هو الثالب . وقد حذف المشروع هذا الحكم القريب » ( مجموعة الأعمال التصديرية ٤ ص ٢٣٩ ) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة فى الشق الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يصبح المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب ، بل هى من مدد السقوط يسقط بانتقضاتها حق المتقايض الذى استحق منه القبض فى رفع دعوى ==

## ٢٥ - الفوارق بين المقايضة والبيع

٤٣٢ - صبراً عام : يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسري في عقد المقايضة ، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة . فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسري في هذا العقد بداهة . فإذا دخل عنصر التقدر في المقايضة - ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المقايضة (١) ، فيثبت مثلاً حق امتياز للمقايض الدائن بالمعدل على الشيء الذي قابض به (٢) . والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامه بتسلم المبيع ، تسري أحكامه في عقد للمقايضة كما تسري في عقد البيع.

٤٣٣ - تطبيقات لهذا المبدأ العام - نص قانوني : ومن أم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقوداً

== استرداد النقض الذي أعطاه (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - وانظر أيضاً في صدد هذا النص : نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٥ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ الهامة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا استئناف ٣٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٦٣٤ - فقرة ١٣٥) .  
والعبارة بوقت تمام المقايضة ، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ نص التقنين المدني السابق هو الذي يسري فيما بين الوطنيين دون الأجانب ، وإلا فالقانون المدني الجديد هو الذي يسري .

(١) فيجوز للمقايض الذي له حق في المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض فلا كان له مقتضى ، ويجوز لدائنه أن يستعمل حقه هذا ( استئناف مخطوط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨ ) . وإذا كان المعدل في المقايضة ضربية متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، فالمقايض الذي كان مستولاً من هذه الضريبة وجوباً على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر ( استئناف مخطوط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥ ) .  
(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمقايض على البين التي أعطاهما (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) .

وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً ، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الثمن الفاحش (١) في البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المقايضة .

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن ، كال التزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المقايضة . إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري لثمن المبيع وثمنائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (ويقاله الشيء المقايض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقاق وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (ويقاله الشيء المقايض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (ويقاله الشيء المقايض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام تسري في عقد المقايضة كما تسري في عقد البيع (٢) .

وبما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي : (١) لا يتصور في المقايضة دفع عربون ، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة . (٢) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع بالتسليم أو تقابل لإيجار السائر للمبيع . (٣) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء (٣) .

---

(١) أنظر في الثمن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١ ، حتى لركانت المقايضة بمعدل (بوهدي وسينيا فقرة ٩٩٥) ، إذ المعدل لا يحول المقايضة بيعاً (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) - فإذن الأستاذ منصور مصطفي منصور (ص ٣١٠) ويذهب إلى أن طرفة حكم الثمن الفاحش تتكرر في المقايضة ، وإلى أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم ، فتعقد قيمة المقار الذي يايض عليه القاصر وتنتب إلى قيمة المقار الذي يايض به . وفيه من البيان أننا لو أعلنا حكم الثمن الفاحش في المقايضة ، لانتفى الأمر بتقدير عقارين ، لا بتقدير قيمة مقار واحد كافي البيع ، ولكن هذه المسئلة قد يمد لها استكمال حاية القاصر في المقايضة كما استكلت في البيع .

(٢) ويجوز فسخ المقايضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن . فالمعدل إذن ، كالثمن ، مضمون بحق الفسخ وحق الامتناع ، وهذا غير التنفيذ المعنى (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ - بلاتول وبيير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣) .

(٣) قلون مع ذلك أنسبكلرديس دالوز ٢ لفظ *échange* فقرة ١٥ - وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطفي منصور (فقرة ١٢٦ ص ٢٠٩) ، ويذهب إلى أن الحكم الخاص = (٤٠٢ - القوسيط ج ٤)

(٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرر بالشراء هي الغير .  
(٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (١) ،  
ولا أحكام العجز في المقدار (٢) . (٦) لا يوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين  
على الشيء الذى قاىض به ، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الفمن .  
ولكن إذا وجد في المقايضة معدل ، كان مضموناً بحق امتياز كاسبق القول .  
(٧) لا شفعة في المقايضة (٣) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قاىض به يعتبر كذلك  
كل منهما مشترياً لما قاىض عليه ، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدنى من أن  
« مصروفات عقد المقايضة وغيرها من الصفقات الأخرى يتحملها المتقايضان  
متناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » (١) . والأصل في عقد البيع  
أن مصروفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا ، فاذا أردنا تطبيق هذا الحكم  
على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قاىض عليه ، ووجب

== بطلان بيع الرقاع لا يسرى مل المقايضة لانقضاء علة البطلان، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد  
المتقايضين بمغته في استرداد ما قاىض به إذا هو رد ما قاىض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً  
(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطاط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٣) إلا إذا أعفى البيع تحت ستار المقايضة ( استئناف مخطاط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٧ ) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى مل وجه مطابق  
لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع التهاى .  
ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية :  
ص ٢٢٥ — ص ٢٢٧ ) .

ولا مقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان مـحـولاً به دون نص .  
ويقال في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٤٥٢ ( مطابقة المادة  
٤٨٤ مصرى )

التقنين المدنى الليبى م ٤٧٣ : ( مطابقة المادة ٤٨٤ مصرى ) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٠ ( مطابقة المادة ٤٨٤ مصرى ) .

تقنين الموجبات والشود الليبانى م ٥٠٢ : تقسم حتماً مصاريف العقد ونفقاته القانونية بين  
التقايضين ، ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما . ( والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى ) .

تباً لذلك تقسم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق في القيمة بين البديلين . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضي بغيره (٤) .

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من معدل ، نفقات المعدل تقسم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويلعب أوربي دوراً إلى جعل نفقات المعدل على الملتزم به (أوربي دور) ، فقرة ٣٦٠ هامش ١٦) .

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢/١ ثم ارتفعت إلى ٣/١) . وإذا تفاوت البدان في القيمة ، كان المقار الأكبر قيمة هو المحبر لتقدير رسوم التسجيل (استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥) . وإذا كانت المقايضة حقيقياً بيع . كأن اشترى شخص مزرعة ببلغ ١٠٠ ٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومنزلاً قيمته ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلهما مبيع (استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١) . وهناك أحكام أخرى ، وفيها حكم الدوائر المحكمة لاستئناف المخططة ، قضت بجعل الرسوم على أهل العقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل (استئناف مخطوط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ - محكمة الاستئناف المخططة في دوائرها المحبسة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ - استئناف مخطوط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩) .

(٣) ويتمتع الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل (بلائيول وروبيير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويجعل المادة ٥٥ : (من المشروع التمهيدى) مصروفات طء المقايضة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طبيعي لأن كلا منهما يجتهد مشترين لما قابض عليه . ويجوز الاتفاق على غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٩) .





# فهرس

## لتنهون الكتاب

صفحة

### تمهيد

#### المقود للمساء وتقباتها المختلفة

١	..... المقود للمساء
١٠	..... التقسيمات المختلفة للمقود للمساء
١٤	..... المقود التي ترد على الملكية

## الباب الأول

### عقد البيع

#### مفرد

١٩	..... التصريف بالبيع
٢٢	..... البيع نقل الملكية
٢٣	..... خصائص عقد البيع - اشتباهه بمقود أخرى
٢٤	..... أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة
٢٥	..... تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق
٢٧	..... تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد
٢٩	..... خطة البحث

### الفصل الأول - أحكام البيع

٤٠	..... الفرع الأول - التراضي في عقد البيع
٤١	..... البحث الأول - شروط الإنشاء

المطلب الأول — اتباع أصالة.....	٤١
§ ١ — تطابق الإيجاب والقبول : .....	٤٢
العناصر التي يطابق فيها الإيجاب والقبول .....	٤٢
صور عملية للإيجاب .....	٤٧
شكل عقد البيع .....	٥٠
إثبات عقد البيع .....	٥٣
تفسير عقد البيع .....	٥٣
§ ٢ — الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالمعرون : .....	٥٥
الوعد بالبيع : .....	٥٥
الوعد بالبيع من جانب واحد .....	٥٦
الوعد بالشراء من جانب واحد .....	٧١
الوعد بالبيع والشراء .....	٧٥
البيع الابتدائي : .....	٨٠
الآثار التي ترتب على البيع الابتدائي .....	٨٢
مصدر البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .....	٨٤
البيع بالمعرون : .....	٨٦
أحكام البيع بالمعرون .....	٨٦
التكليف القانوني للمعرون .....	٩٠
المطلب الثاني — اتباع بطريق النهاية .....	٩٣
§ ١ — اتباع من طريق ول أو وصي أو تيم أو وكيل من النائب أو خارس تفصيلى : .....	٩٥
ولاية الولي في البيع والشراء .....	٩٥
ولاية الوصي والتيم والوكيل من النائب في البيع والشراء .....	٩٧
ولاية الخارس التفصيلى في البيع والشراء .....	٩٨
§ ٢ — بيع النائب لنفسه : .....	٩٨
القاعدة العامة .....	٩٨
تطبيقات خاصة .....	٩٩
المبحث الثاني — شروط الصحة .....	١٠٨
المطلب الأول — الأهلية في عقد البيع .....	١٠٨
تميز الأهلية عما يلتبس بها من النظم .....	١٠٨
أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري .....	١٠٩
من يمكن التمييز في أهلية البيع والشراء .....	١١٠
المطلب الثاني — عيوب الرضاء في عقد البيع .....	١١٢
تطبيق القواعد العامة .....	١١٢

صفحة	
١١٤	علم المشتري بالمبيع .....
١١٧	خيار الرؤية في الفقه الحنفى .....
١٢٠	خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامى .....
١٢٢	خيار الرؤية في التفتين المفق المسمى .....
١٢٦	المبحث الثالث — بمضى البيع الموصوف .....
١٢٨	§ ١ — البيع بشرط التجربة : .....
١٣٠	كيف يطلق البيع على شرط التجربة .....
١٣١	كيف تكون التجربة والوقت الذى تم فيه .....
١٣٤	التجربة شرط واقف .....
١٣٦	التجربة شرط فاسخ .....
١٣٧	§ ٢ — البيع بشرط المذاق : .....
١٣٩	كيف يطلق البيع على شرط المذاق .....
١٤٠	كيف يتم المذاق .....
١٤١	التكييف القانونى لبيع بالمذاق .....
١٤٢	الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة .....
١٤٣	§ ٢ — بيع الوفاء : .....
١٤٨	أ) بيع الوفاء في عهد التفتين المفق السابق .....
١٦٣	ب) بيع الوفاء في عهد التفتين المفق الجديد : .....
١٦٣	بيع الوفاء باطل .....
١٦٥	ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء .....
١٦٧	تميز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ .....
١٦٩	ليس للتفتين الجديد أثر وجبى .....
١٧٠	§ ٤ — البيع بالتفويض أو الإيجار السار لبيع : .....
١٧٢	ملفات عملية .....
١٧٣	البيع بالتفويض .....
١٧٧	الإيجار السار لبيع .....
١٨٠	الإيجار المقترون بوجه بالبيع .....
١٨٢	§ ٥ — البيع مع حق التفويض بالشراء من الغير : .....
١٨٢	المسود العملية لهذا البيع .....
١٨٤	حكم البيع قبل التفويض بالشراء من الغير .....
١٨٥	كيف يكون التفويض بالشراء من الغير .....
١٨٧	حكم البيع بعد التفويض بالشراء من الغير .....
١٨٩	صورة خاصة — تقرير الرامى عليه المزايا للشراء من الغير .....
١٩٠	الفرع الثانى — المحل في عقد البيع .....

صفحة

المبحث الأول - المبيع .....	١٩١
المطلب الأول وجود المبيع .....	١٩١
§ ١ - بيع الحقوق المتنازع فيها : .....	١٩٤
( أ ) بيع الحقوق المتنازع فيها لنشر عمال القضاء : .....	١٩٤
من يجوز استرداد الحق المتنازع فيه .....	١٠٧
كيف يكون الاسترداد .....	٢٠١
الآثار التي تترتب على الاسترداد .....	٢٠٤
الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الاسترداد .....	٢٠٧
( ب ) بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء : .....	٢١١
البيع لعمال القضاء وحسب الاسترداد .....	٢١٢
المشترون للحقوق المتنازع فيها .....	٢١٥
جزاء المخاطر .....	٢١٧
تأمل المحاسن في الحق المتنازع فيه .....	٢١٨
§ ٢ - بيع السلم :	
السلم في العقدة الإسلامية .....	٢٢٠
السلم في قوانين المصري .....	٢٢٢
المطلب الثاني - تعيين المبيع .....	٢٢٥
§ ١ - البيع بالتقدير والبيع بالجزاف : .....	٢٢٦
كيف يكون البيع بالتقدير .....	٢٢٦
كيف يكون البيع بالجزاف .....	٢٢٧
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انتقال الملكية .....	٢٣٠
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل ثمة الهلاك .....	٢٣٢
لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء الالتزامات الشخصية .....	٢٣٣
§ ٢ - البيع بالعينة :	
العينة طريق لتعيين المبيع .....	٢٣٥
وجوب مطابقة النسخ للعينة .....	٢٣٦
جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة .....	٢٣٧
إثبات العينة .....	٢٣٩
§ ٣ - بيع التركة .....	٢٤٠
( أ ) بيع الواوثر حصته في التركة لأجنبي غير وارث : .....	٢٤٢
حكم هذا البيع فيما بين الطرفين .....	٢٤٢

صفحة

٢٥٢	حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير .....
٢٥٧	(ب) بيع الوارث حصه في التركة لو ارث آخر :
٢٥٧	التمييز بين جاليتين .....
٢٥٩	أحكام مشتركة في الصفارج .....
٢٦٠	الفرق بين الصفارج كصالح والصفارج كقسمة ..
٢٦١	المطلب الثالث - صلاحية المبيع لتسليم فيه .....
٢٦٢	§ ١ — عدم الصلاحية لتسليم راجع إلى طيبة الشيء .....
٢٦٤	§ ٢ — عدم صلاحية لتسليم راجع إلى عدم المشروعية : .....
٢٦٤	تطبيقات لمحنة .....
	بيع الشركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال
٢٦٥	الانقضاء - إحالة .....
٢٦٥	بيع الصلاء .....
٢٦٨	المطلب الرابع - ملكية البائع للشيء المبيع .....
٢٦٩	§ ١ — بيع ملك الغير : .....
٢٧١	تحديد منطقة بيع ملك الغير .....
٢٧٦	( أ ) تأصيل البطلان في بيع ملك الغير : ..
٢٧٦	النظرية التقليدية .....
٢٧٩	والى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل .....
٢٨٠	والى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف ...
	قرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال
٢٨٢	يجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان .....
٢٨٥	بيع عقار الغير قابل للإبطال به التسجيل وقوله .....
٢٨٨	( ب ) أحكام بيع ملك الغير : .....
٢٨٨	فيما بين المتعاقدين : .....
٢٨٨	المشترى وحده هو الذى يجوز له إبطال البيع .....
٢٩١	والمتقوى أن يطلب التحويل .....
٢٩٢	والمتقوى أن يميز البيع .....
	ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبطله ملكية المبيع
٢٩٤	إلى البائع .....
٢٩٦	بالنسبة إلى المالك الحقيقي : .....
٢٩٦	إنما لم يتر المالك الحقيقي المبيع .....
٢٩٧	إنما أثر المالك الحقيقي المبيع .....
٢٩٩	§ ٢ — بيع المال الشائع : .....
	( أ ) بيع الميراث جزءاً مفزاً من المال الشائع أو كل
٣٠٠	المال الشائع : .....

صفحة

٣٠٠	بيع القريبك جزءاً مفزواً من المال الشائع .....
٣٠٢	بيع الشريك كل المال الشائع .....
٣٠٤	أثر البيع في حقوق باقي الشركاء .....
٣٠٥	ب) بيع التصفية : .....
٣٠٥	مضى يكون بيع تصفية : .....
٣٠٧	إجراءات بيع التصفية .....
٣٠٨	الآثار التي تترتب على بيع التصفية .....
٣٠٩	§ ٣ — بيع المريض مرض الموت : .....
٣١٢	أ) ما هو مرض الموت وتعيينه لتصرفات المريض : .....
٣١٢	ما هو مرض الموت .....
٣١٤	المريض يقعد المريض من قضاء مصالحه .....
٣١٥	ويقلب في المرض خوف الموت .....
٣١٧	وينتهي المرض بالموت فعلاً .....
	الأوصياء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم
٣٢٠	المريض مرض الموت .....
٣٢١	إثبات مرض الموت .....
٣٢٣	سبب تعيين التصرف في مرض الموت .....
٣٢٦	الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت .....
٣٢٨	ب) أحكام البيع في مرض الموت : .....
٣٢٩	البيع بما لا يقل عن ثلثية .....
٣٣٠	البيع بأقل من الثلثية بما لا يجاوز ثلث التركة .....
٣٣١	البيع بأقل من الثلثية بما يجاوز ثلث التركة .....
٣٣٣	التصرف بنحو من أصلاً .....
٣٣٤	حماية الغير حسن النية .....
٣٣٥	§ ٤ — بيع الوارث لمن في التركة قبل سداد الدين .....
٣٣٥	مرمان مبادئ الفقه الإسلامي .....
٣٣٩	انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي ...
	تصرف الورثة في أملاك التركة قبل سداد الدين
٣٤٠	في الفقه الإسلامي .....
٣٤٥	انتقال التركة إلى الورثة في المقتضى الجديد .....
	تصرف الوارث في أملاك التركة المديونة التي لم تخضع
٣٤٦	لهل نظام تصفية .....
	تصرف الوارث في أملاك التركة المديونة التي خضعت
٣٥٠	لهل نظام تصفية .....

صفحة

٥٥ — بيع المحجوز عليه والمسر :

٣٥٣ ..... بيع المحجوز عليه

٣٥٦ ..... بيع المسر

١٥٦ — بيع الأراضى الزراعية في قانون الإصلاح الزراعى : ...

٣٥٨ ..... عدم جواز تملك أكثر من مائتى فدان

٣٥٩ ..... التملك بالمراث والوصية والتناقل

٣٦٠ ..... التملك بالمقد

٣٦١ ..... التملك بالشفعة

٣٦٢ ..... الحد من تجزئة الأراضى الزراعية

المبحث الثانى — الثمن ..... ٣٦٤

المطلب الأول — يجب أن يكون الثمن نقوداً ..... ٣٦٤

٣٦٤ ..... تميز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي

٣٦٦ ..... يصح أن يكون الثمن لإيراداً مؤبداً أو مدى الحياة ...

المطلب الثانى — يجب أن الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ..... ٣٦٧

تقدير الثمن أو قابلية التقدير يجب أن يكون بائناً

٣٦٩ ..... بين المتنازعين

٣٧١ ..... وقابلية الثمن التقدير . الأسس التى يقوم عليها التقدير

أساس التقدير الثمن الذى اشترى به البائع : المراجعة

٣٧١ ..... والقولية والإشراك والوضحة

٣٧٥ ..... أساس التقدير سعر السوق

أساس التقدير سعر المتداول في التجارة أو السعر الذى

٣٧٦ ..... جرى عليه التعامل بين المتبايعين

٣٧٨ ..... ترك التقدير لأجتهى يطلق عليه المتبايعان

٣٨٢ ..... ترك المتبايعين الثمن غير مقدّر وغير قابل للتقدير ...

المطلب الثالث — يجب أن يكون الثمن جديداً ..... ٣٨٣

٣٨٣ ..... التمييز بين الثمن الجدى والثمن اليخس

١٥٦ — الثمن الجدى : ..... ٣٨٤

٣٨٤ ..... الثمن قصورى

٣٨٥ ..... الثمن قسائه

٢٨٧ — الثمن اليخس ( دعوى الفاحش ) ..... ٣٨٧

٣٩٠ ..... ١) الشروط الواجب توافرها لتحقيق الثمن الفاحش :

٣٩١ ..... الشرط الأول — صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية

صفحة

٣٩٢	الشرط الثانى - العين المبيعة عقار .....
	الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد على تم وفقاً
٣٩٣	لأحكام القانون .....
	الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت
٣٩٧	البيع بأكثر من الخمس .....
٢٩٨	ب ( ما يترتب من الأثر على تحقيق الثمن الفاسخ : .....
٢٩٨	دعوى تركة الثمن ....
٤٠١	دعوى الفسخ .....

## الفصل الثانى - الالتزام الذى يترتب على البيع

١٠٥	الفرع الأول - التزامات البائع .....
٤٠٥	المبحث الأول - نقل ملكية المبيع .....
٤٠٦	المطلب الأول - نقل الملكية بوجه عام .....
٤٠٧	§ ١ - التطور التاريخى لبيع كصفه ناقل للسلطة : .....
٤٠٧	البيع فى القانون الرومانى .....
٤٠٨	البيع فى القانون الفرنسى القديم .....
٤٠٩	البيع فى الفقه الإسلامى .....
٤١٠	البيع فى القانون الحديث .....
٤١١	§ ٢ - تحليل معنى نقل الملكية : .....
٤١١	الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية ضلاً .....
٤١٢	الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون .....
٤١٣	التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية .....
٤١٧	الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري .....
٤٢٠	البيع بالتسليم مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة
	§ ٣ - ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما الذى يترتب على
٤٢١	انتقالها ضلاً : .....
٤٢١	ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية .....
٤٢٢	ما الذى يترتب على انتقال الملكية ضلاً للمشتري .....
٤٢٥	المطلب الثانى - نقل الملكية فى المتقول .....
٤٢٥	§ ١ - الثمن المدين بذاته : .....
٤٢٥	انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد .....



صفحة

انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين .....	٤٣٦
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير .....	٤٣٦
انتقال الملكية في البيع الجزأى - إحالة .....	٤٣٧
٢ - الشيء معين بنوعه : .....	٤٣٨
انتقال الملكية بالإفراز .....	٤٣٨
كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة .....	٤٣٩
الحكم فيما إذا امتنع البائع من الإفراز - إحالة .....	٤٣٩
نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري .....	٤٣٩
المطلب الثالث - نقل الملكية في العقار .....	٤٣٣
لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل .....	٤٣٤
١ - تطور نظام الشهر العقارى في مصر : ..	٤٣٤
نظام الشهر بوجه عام .....	٤٣٣
عهد أوبية في مصر : .....	٤٣٩
المرحلة الأولى - العهد السابق على التفتين المذهب القديم	٤٤٠
المرحلة الثانية - نظام الشهر في التفتين المذهب السابق	٤٤٢
المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل	٤٤٠
المصادر في سنة ١٩٢٣ .....	٤٤٠
المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقارى .....	٤٤٠
٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة : .....	٤٧٣
أولاً - عهد التفتين المذهب السابق : .....	٤٧٤
انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى التسجيل - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث .....	٤٧٤
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل .....	٤٧٦
ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى :	٤٨١
( أ ) حكم البيع قبل أن يسجل : .....	٤٨١
البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث .....	٤٨١
ولكن البيع غير المسجل لا يزال يباح ففتح آذنه هذا	٤٨٠
نقل الملكية بالنقل .....	٤٨٠

ملحة

- البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع ينقل الملكية - كيف يتم هذا الالتزام ..... ٤٨٧
- دموى صحة التعاقد ..... ٤٨٨
- دموى صحة التوقيع ..... ٤٩٧
- البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب المشتري ..... ٥٠٣
- البيع غير المسجل تقترب عليه آثاره بمرسلة يما ... ٥٠٥
- ب ( حكم البيع بعد أن يسجل : ..... ٥٠٨
- البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل ..... ٥٠٨
- ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى الغير ..... ٥٠٩
- أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل لتسجيل أثر رجعي : ..... ٥١١
- الرائى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - ليس لتسجيل أثر رجعي ..... ٥١٢
- الرائى المعارض - لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين القول بالأثر الرجعي أكثر استضافة من ناسية للصناعة القانونية ..... ٥١٩
- القول بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق ..... ٥٢٤
- القول بالأثر الرجعي هو الذى يخلق مع القواعد العامة القول بالأثر الرجعي لا يعارض مع لصومى القانون ..... ٥٢٤
- ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية في المشتري الذى سجل عقده أولاً ..... ٥٢٦
- شرط حسن النية في عهد الثنتين المدعى السابق - إحالة ..... ٥٢٨
- شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل ..... ٥٢٩
- شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقارى ..... ٥٤٤
- المبحث الثالث - تسليم المبيع ..... ٥٥٦
- المطلب الأول - هل للتسليم ..... ٥٥٨
- ١ - مقالة المبيع : ..... ٥٥٩
- كيف تضمن حالة المبيع وقت البيع ..... ٥٦٠
- تغير حالة المبيع ..... ٥٦٢
- وجود اتفاق خاص على حالة المبيع ..... ٥٦٥

صفحة

٥٦٦	٢ - مقدار المبيع :
٥٧١	حالة نقص المبيع
٥٧٢	حالة زيادة المبيع
٥٧٤	تقادم الدعوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته
٥٧٨	٢ - ملحقات المبيع :
٥٨٠	تحديد منى ملحقات المبيع
٥٨٢	تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع
٥٨٦	المطلب الثاني - كيف يتم التسليم
٥٨٦	١ - طريقة التسليم :
٥٨٩	التسليم للفعل
٥٩٠	تطبيقات في التسليم للفعل
٥٩٢	التسليم الحكى
٥٩٥	٢ - زمان التسليم ومكانه
٥٩٥	زمان التسليم
٥٩٧	مكان التسليم
٥٩٩	زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
٦٠١	٣ - نفقات التسليم
٦٠١	نفقات تسليم المبيع على البائع
٦٠٢	نفقات تسليم المبيع على المشتري - إحالة
	المطلب الثالث - الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم - ثمة هلاك المبيع أو تلفه
٦٠٢	قبل التسليم
٦٠٢	التنفيذ المسمى أو الفسخ مع التبرؤ في الحالتين
٦٠٦	١ - ثمة الهلاك الكلى قبل التسليم :
٦٠٨	تحمل البائع ثمة الهلاك قبل التسليم متى ترتب على التزامه بالتسليم
٦١٠	هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
٦١١	هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم
٦١١	إضرار البائع المشتري لتسلم المبيع
٦١٤	هلاك المبيع في يد البائع وهو حابسه له
٦١٥	٢ - ثمة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم :
٦١٦	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري
٦١٧	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي
٦١٨	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة به إضرار المشتري أو به حبس المبيع

صفحة	
١١٨	المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق .....
١١٨	خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق .....
١٢٢	نحول ضمان التعرض والاستحقاق .....
١٢٣	المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع .....
١٢٣	١ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع : .....
١٢٦	— أعمال التعرض الصادر من البائع : .....
١٣٠	— تلك البائع المبيع بالتقادم .....
١٣٢	٢ - المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع -
١٣٢	عدم قابلية الالتزام للانقسام .....
١٣٤	٣ - الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع
١٣٥	٤ - البيع الذي ينشئ الضمان .....
١٣٦	ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع .....
١٣٨	٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
١٤٠	المطلب الثاني - التعرض الصادر من الغير .....
١٤٠	١ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير : .....
١٤٠	١ - أعمال التعرض الصادر من الغير - شروط ثلاثة : .....
١٤١	أولاً - أن يقع التعرض فعلاً .....
١٤٤	ثانياً - أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع
١٤٤	ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على المبيع
١٤٨	أو يكون تالياً له ولكنه يستند من البائع .....
	ب) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير - عدم
١٥٢	قابلية الالتزام وقابليته للانقسام .....
١٥٥	ج) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير .....
١٥٨	د) البيع الذي ينشئ الضمان .....
١٥٩	٢ - ما يترتب على قيام التعرض الصادر من الغير : .....
١٦٠	١ - التنفيذ المبني ( ضمان التعرض بطريق التدخل ) : .....
١٦٤	تدخل البائع في دعوى الاستحقاق .....
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار
١٦٨	المشتري إياه .....
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخطار
١٧١	المشتري إياه .....
١٧٢	ب) التنفيذ بطريق التصرف ( ضمان الاستحقاق ) : .....
١٧٣	الاستحقاق الكامل .....

صفحة

٧٨٥	الاستحقاق الجزئي .....
٧٩٠	رد البائع ما أداه المشتري المتعرض .....
٧٩٤	٣,٥ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير :
٧٩٧	الاتفاق على زيادة الضمان .....
٧٩٩	الاتفاق على إنقاص الضمان :
٧٠١	خصوصية في حقوق الاتفاق .....
٧٠٦	الاتفاق على إسقاط الضمان .....
٧١٠	المبحث الرابع — ضمان العيوب الخفية وفوات الرصف .....
٧١٠	خصوصية ضمان العيوب الخفية .....
٧١٢	شمول ضمان العيوب الخفية .....
٧١٤	١٥ — متى يقوم ضمان العيوب الخفية :
٧١٤	أ) العيوب الموجبة لضيان :
٧١٧	١ — يجب أن يكون العيب مؤثراً .....
٧٢٢	٢ — يجب أن يكون العيب قديماً .....
٧٢٣	٣ — يجب أن يكون العيب خفياً .....
٧٢٧	٤ — يجب أن يكون العيب غير مآرم للمشتري .....
٧٢٩	ب) المدين في ضمان العيوب الخفية — قابلية الضمان للانقسام .....
٧٣٠	ج) الدائن في ضمان العيوب الخفية — قابلية الضمان للانقسام .....
٧٣١	د) البيع الذي ينشئ ضمان العيوب الخفية .....
٧٣٣	٢٥ — ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية :
٧٣٣	دعوى الضمان وما يسبقها من إنعطار .....
٧٣٤	إنعطار البائع بالتب .....
٧٣٨	دعوى ضمان العيوب الخفية .....
٧٤٢	حلول الميع للمعيب .....
٧٤٥	بعض ظروف غير الحلاك تفرأ على الميع للمعيب .....
٧٥٠	تقديم دعوى ضمان العيب المتق .....
٧٥٣	٣٥ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب المتق :
٧٥٥	تعديل أحكام ضمان العيب المتق باتفاق خاص .....
٧٥٨	ضمان البائع صلاحية الميع للسيل .....
٧٦١	٤٥ — تميز ضمان العيوب الخفية عما يتناوبه من نظم القانونية .....
٧٦٢	التمييز بين ضمان العيوب الخفية وللطب .....
٧٦٥	التمييز بين ضمان العيوب الخفية والمعلوس .....
٧٦٦	التمييز بين ضمان العيوب الخفية والمسلخ لدم الخفية .....

ملحة

- ٧٦٨ ..... للتمييز بين ضمان الميوب الخلفية والتمييز في مقدار المبيع ...
- ٧٦٨ ..... للتمييز بين ضمان الميوب الخلفية و ضمان الاستحقاق الجزئي
- ٧٦٩ ..... الفرع الثاني - التزامات المشتري
- ٧٧٠ ..... المبحث الأول - الوفاء بالتسليم
- ٧٧٠ ..... المطلب الأول - التزام الوفاء بالتسليم
- ٧٧٠ ..... § ١ - على كل شيء يقع التزام الوفاء بالتسليم :
- ٧٧٠ ..... دفع التسليم - إحالة
- ٧٧٢ ..... دفع الفوائد
- ..... تلك المشتري لتسليم المبيع وماله من وقت تمام البيع وتحمل
- ٧٧٤ ..... نفقاته من هذا الوقت
- ٧٧٧ ..... متى تسحق الفوائد القانونية على التسليم
- ٧٨٣ ..... § ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيها الوفاء بالتسليم :
- ٧٨٣ ..... ( أ ) الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالتسليم
- ٧٨٩ ..... متى يكون التسليم مستحق الدفع
- ٧٨٨ ..... حسن المشتري التسليم
- ٧٩٥ ..... ( ب ) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالتسليم :
- ٧٩٧ ..... التسليم مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
- ٧٩٨ ..... التسليم مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع ...
- ٧٩٩ ..... المطلب الثاني - جزاء الاعلال بالتزام الوفاء بالتسليم
- ٨٠١ ..... § ١ - حسن المبيع :
- ٨٠٤ ..... متى يجب البائع حسن المبيع
- ٨٠٧ ..... ما الذي يترتب على ثبوت حسن المبيع للبائع
- ٨٠٩ ..... كيف يتحقق حسن البائع في حسن المبيع
- ٨١٣ ..... § ٢ - نسخ المبيع :
- ٨١٤ ..... ( أ ) نسخ التمسك :
- ٨١٥ ..... متى يبرز نسخ المبيع لعدم الوفاء بالتسليم
- ٨٢١ ..... كيف يكون نسخ المبيع
- ٨٢٦ ..... الآثار التي تترتب على نسخ المبيع
- ٨٢٩ ..... ( ب ) نسخ الاتفاق
- ٨٣١ ..... الاتفاق على أن يكون المبيع مضموعاً
- ..... الاتفاق على أن يكون المبيع مضموعاً من تلقاء نفسه
- ٨٣٢ ..... لو مضموعاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

صفحة

الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إظهار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه	٨٣٤
دون حاجة إلى إظهار .....	٨٣٦
حكم خاص ببيع المنقول .....	٨٤٠
الآثار التي تترتب على الفسخ الاتفاق - إحالة .....	٨٤٠
المبحث الثاني - تحمل مصروفات البيع .....	٨٤٢
المشتري قام بمصروفات البيع .....	٨٤٤
البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها .....	٨٤٥
المبحث الثالث - تسليم المبيع .....	٨٤٧
كيف يكون تسليم المشتري للمبيع .....	٨٤٨
زمان تسليم المبيع ومكانه .....	٨٤٩
نفقات تسليم المشتري للمبيع .....	٨٥١
الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع .....	



## الباب الثاني

### عقد المقايضة

تمييز عقد المقايضة عن عقد البيع .....	٨٥٦
تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها .....	٨٥٨
§ ١ - الموافقات بين المقايضة والبيع :	٨٥٩
أركان المقايضة .....	٨٥٩
الآثار التي تترتب على المقايضة .....	٨٦١
§ ٢ - المفارقات بين المقايضة والبيع :	٨٦٤
مبدأ هام .....	٨٦٤
تطبيقات لهذا المبدأ العام .....	٨٦٤











Bibliotheca Alexandrina



0548957